

BLODPROFILER SOM BEVIS I DOPINGSAKER



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 542
Leveringsfrist: 25.04.2010

Til sammen 15391 ord

22.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING OG METODE</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>HVA ER DOPING?</u>	<u>3</u>
<u>3</u>	<u>ORDINÆR STRAFFERETT- OG PROSESS OG IDRETTENS REGLER</u>	<u>3</u>
3.1	Linjer til den ordinære strafferett- og prosess	3
3.2	Doping i det ordinære lovverket	4
3.3	Idrettens regler om bevis	5
<u>4</u>	<u>ORGANISERING OG SAKSBEHANDLING I IDRETTE</u>	
	<u>MED TANKE PÅ DOPING</u>	<u>8</u>
<u>5</u>	<u>ORDINÆRE DOPINGPRØVER OG INNSAMLING AV DISSE</u>	<u>10</u>
<u>6</u>	<u>BLODPROFILER SOM BEVIS</u>	<u>11</u>
6.1	Innledning om blodprofiler	11
6.2	Hvordan blodprofiler er tenkt brukt som bevis	15
6.3	Er et slikt indirekte bevis tilstrekkelig som fellende bevis?	18
6.3.1	Hva slags bevis kan anvendes?	19
6.3.2	Om pålitelighet – andre faktorer som kan spille inn	20
6.3.3	Objektiv bevisbyrde	23
6.4	Pechstein-saken	24
6.5	Bruk av blodprøver tatt før 1.januar 2009	26

6.6	Bruk av blodprøver tatt før 1.januar 2010	29
6.7	Sykkelsporten og biologiske pass	30
6.8	Sammenligning med BALCO-sakene	32
6.8.1	Bruk av blod- og urinprøver som bevis, uten at noen av prøvene er positive	32
6.8.2	Innrømmelser sammenlignet med blodprofiler som indirekte bevis	36
6.9	Sammenligning med bestemmelsene om tre advarsler på feil/manglende utøverinformasjon	39
6.10	Konsekvenser ved bruk av blodprofiler som bevis	42
6.11	Hvordan unngå at uskyldige dømmes?	44
6.12	Fordeler og utfordringer knyttet til blodprofiler som bevis	44
6.13	Hva skjer videre nå?	46
6.14	Vurdering og avslutning	47
<u>LITTERATURLISTE</u>		<u>51</u>
<u>LOVREGISTER</u>		<u>54</u>
<u>DOMSREGISTER</u>		<u>55</u>

1 Innledning og metode

I denne masteroppgaven vil jeg se på bevissituasjonen i saker der en utøver har brutt eller mistenkes for å ha brutt dopingbestemmelsene. Jeg vil hovedsakelig se på hvordan biologiske pass i form av blodprofiler er tenkt anvendt som bevis i slike saker, og om et slikt indirekte bevis er tilstrekkelig som fellende bevis. Videre vil jeg se på idrettens regler om bevis i forhold til reglene i den ordinære lovgivningen, se på organisering og saksbehandling i dopingsaker og se på hvordan dopingprøver er anvendt som bevis tradisjonelt sett.

Jeg ønsker å drøfte disse temaene da bruk av biologiske pass og blodprofiler er meget aktuelt i idrettsjussen i dag. Dette er en metode man kan anvende for å kunne forebygge doping og avsløre dopingbrukere i idretten. Denne metoden er nå i startfasen. Derfor er det meget interessant å kunne se nærmere på dette. Formålet med oppgaven vil være å se om en blodprofil juridisk sett er holdbar som fellende bevis.

For å kunne drøfte dette vil jeg trekke paralleller til andre områder i antidopingarbeidet, og til den ordinære straffeprosess. Dette spesielt gjennom dommer avsagt av idrettens domstoler og gjennom idrettens regelverk. Jeg vil videre se på den ene dommen som er falt hvor blodprofil ble brukt som bevis. Denne dommen falt relativt nylig, i november 2009, og tvisten sto mellom Claudia Pechstein som utøver og det internasjonale skøyeforbundet International Skating Union (ISU).

Dette er et område i idrettsjussen som det er skrevet lite om til nå, da problemstillingen er relativt ny. Først 1. januar 2010 innførte det internasjonale antidopingbyrået World Anti-Doping Agency (WADA) retningslinjer for bruk av biologiske pass. Av denne grunn vil jeg i mitt kildesøk kontakte en del personer som arbeider innen dette feltet. Samtaler og e-poster fra disse personene vil utgjøre en del av mitt kildegrunnlag i oppgaven. Teori fra

bøker både innenfor den ordinære strafferett- og prosess og idrettsjuss vil jeg også anvende. Videre vil jeg finne en del bakgrunnsstoff om emnet blodprofiler på internett og i aviser.

Idretten har et eget regelverk, og jeg vil derfor anvende Norges Idrettsforbund og olympiske og paralympiske komitè's lov (NIFs lov). WADA har et eget regelverk – World Anti-Doping Code (WADC/koden) - som er implementert mer eller mindre likelydende til mange internasjonale forbund. WADA ble stiftet i 1999. Dette er en privatrettslig stiftelse som har sete i Canada, men er underlagt sveitsisk lovgivning. Stiftelsen er en verdensomspennende antidopingorganisasjon som arbeider for å koordinere og samkjøre antidopingarbeidet og regelverket på dette området i verden. WADC er utarbeidet for at WADA skal kunne gjennomføre sitt arbeid. Koden er implementert i NIFs lov kapittel 12.¹ WADC inneholder i tillegg til lovtekstene også kommentarer. Disse kan vektlegges i relativt stor grad som en rettskildefaktor. WADC vil stå sentralt i oppgaven min. Noen retningslinjer gitt av WADA og Antidoping Norge vil også anvendes som kildegrunnlag.

Jeg vil legge opp oppgaven slik at jeg etter å ha forklart begrepet doping, først trekker noen linjer til den ordinære straffeprosessen, hvordan doping er regulert i den alminnelige lovgivningen og så se på idrettens regler om bevis. Videre vil jeg se litt på hvordan idretten er organisert med tanke på rettsapparatet, og hvordan dopingprøver tradisjonelt er samlet inn og brukt som bevis. Hoveddelen om blodprofiler som bevis vil jeg så komme til, der jeg greier ut om dette emnet, sammenligner og ser på konsekvensene ved en slik bevisbruk. Avslutningsvis vil jeg komme med min egen vurdering av om blodprofiler er holdbart som bevis i en dopingsak, i tillegg til at jeg løpende under aktuelle avsnitt vil konkludere med mine egne vurderinger.

Benevnelsene blodprofil og blodpass vil brukes om det samme i det følgende. Benevnelsen biologisk pass innebærer også andre elementer enn kun en blodprofil/blodpass. Her vil også kommende stereoidprofiler inngå.

¹ *Idrett og juss* (2004) s. 239

2 Hva er doping?

Man kan definere doping som ”bruk av bestemte forbudte midler eller metoder som benyttes for å oppnå en bedre sportslig yteevne.”² WADC definerer doping i artikkel 1 som “the occurrence of one or more of the anti-doping rule violations set forth in Article 2.1 through Article 2.8 of the *Code*.” De åtte bruddene på antidopingbestemmelsene listes så opp i den følgende artikkelen. De to viktigste er artikkel 2.1 og 2.2 som henholdsvis hjemler tilstedeværelse av forbudt stoff, deres metabolitter eller markører i en utøvers dopingprøve og bruk eller forsøk på bruk av forbudt stoff eller metode som brudd på dopingbestemmelsene. Vi finner igjen de tilsvarende definisjonene av doping og regelbrudd i NIFs lov § 12-2 (1).

3 Ordinær strafferett- og prosess og idrettens regler

3.1 Linjer til den ordinære strafferett- og prosess

I den ordinære strafferetten kreves det at fire forhold foreligger for at straff kan idømmes. En straffbar handling må ha vært foretatt, vedkommende som har utført handlingen må ha utvist skyld og være strafferettslig tilregnelig, og det må ikke foreligge noen straffrihetsgrunn.

Det finnes mange typer bevismidler i den ordinære straffeprosessen. Følgende er en ikke uttømmende liste: Vitnebevis, partforklaringer, realbevis, sakkyndigforklaring, personundersøkelse og mentalobservasjon, lyd- og videoopptak, samt erklæringer avgitt i anledning saken og politirapporter med visse forbehold.³

Partene har selv ansvar for å legge frem bevis i saken, men retten har etter straffeprosessloven § 294 plikt til å sørge for fullstendig opplysning av saken, og dermed

² *Idrett og juss* (2004) s. 238

³ *Hov* (2007) s. 267-291

innhente nye bevis.⁴ I straffesaker skal det alltid avholdes muntlig hovedforhandling jf. straffeprosessloven § 278(1).⁵ Bevisføringen skal etter hovedregelen være umiddelbar i tingretten og lagmannsretten, mens det for Høyesterett som hovedregel er middelbar bevisføring.⁶

Bevisføringen er fri i ordinære straffesaker, men unntak følger av reglene om bevisforbud, bevisfritak og bevisavskjæring.⁷ Bevisbedømmelsen er fri i norsk straffeprosessrett.⁸ I straffesaker kreves det som hovedregel ”meget høy grad av sannsynlighet for straffellelse”.⁹ All tvil skal komme tiltalte til gode.

3.2 Doping i det ordinære lovverket

Det finnes ingen generell lov i Norge som spesifikt regulerer doping i idretten.¹⁰ Bestemmelser om doping og håndhevelse av disse er dermed i hovedsak overlatt til idrettens organer. Disse kan dog ikke gripe inn overfor uorganisert idrett, for eksempel ved treningsstudioer.¹¹ Det ble imidlertid fra høsten 2007 åpnet for en begrenset mulighet til å gjennomføre dopingkontroller på treningsstudioer. Kun medlemmer som frivillig underskriver en avtale om dette som kan testes. Treningssentre må søke om konsesjon fra Datatilsynet for å kunne gjennomføre kontroller på senteret.¹²

Noen dopingmidler står imidlertid på narkotikalistene, og dermed kommer de inn under narkotikaloggivningen. Legemiddeloven og tolloven kan ramme ulovlig overdragelse og innførsel av dopingmidler. I straffeloven § 162 b finnes en bestemmelse om dopingforbrytelse. Denne hjemler straffbarhet for ulovlig tilvirking, innførsel, utførsel,

⁴ Hov (2007) s. 291-294

⁵ Hov (2007) s. 294-295

⁶ Hov (2007) s. 296-297

⁷ Hov (2007) s. 300-301 flg. og side 327-332

⁸ Hov (2007) s. 334

⁹ Hov (2007) s. 361

¹⁰ *Idrett og juss* (2004) s. 238

¹¹ Andenæs (2008) s.257

¹² Antidoping Norge. *Treningscenterkontroll*.

oppbevaring, sending eller overdragelse av dopingmiddel. Begrunnelsen bak denne bestemmelsen er å begrense omfanget av doping, da de helsemessige konsekvenser ved dopingbruk kan være fatale.¹³

Det er altså ikke straffbart for en idrettsutøver å erverve, bruke eller besitte dopingmidler til eget bruk. Lovgiver mente at det er idrettens sak å bekjempe dette, og det ble uttalt følgende: ”Det kan ikke være en samfunnsoppgave gjennom den alminnelige lovgiving å ivareta hensynet til like konkurransevilkår for idrettsutøverne.”¹⁴ Den sentrale vurdering etter straffeloven § 162 b blir altså å trekke et skille mellom straffbar oppbevaring av dopingmidler på den ene side og straffri besittelse av dopingmidler til eget bruk på den andre siden.¹⁵

3.3 Idrettens regler om bevis

I NIFs lov kapittel 11 finner vi de ordinære straffebestemmelsene i idretten. Disse reglene gjelder etter § 11-1 (1) ”for alle medlemmer og organisasjonsledd tilsluttet NIF, herunder idrettslagsmedlemmer, utøvere, trenere og ledere.” Etter annet ledd gjelder også bestemmelsene for utøvere som deltar på norsk representasjonslag selv om vedkommende ikke er medlem i et NIF-tilsluttet idrettslag, samt ”utøvere som deltar på stevne arrangert av organisasjonsledd tilsluttet NIF.” Alle saker om straff blir regulert av disse bestemmelsene jf. § 11-1 (1) 2.pkt, med unntak av særskilte kamp- og konkurransebestemmelser etter § 11-1(4). De handlinger og unnlatelser som kan medføre straff er blant annet brudd på NIFs lovverk, voldsbruk, økonomiske misligheter, alkoholbruk i idrettssammenheng m.m. jf. § 11-2(1). Det må foreligge skyld for å straffedømme jf. § 11-3(1), med unntak av tilfeller der arrangør pålegges ansvar for ”bråk og uorden i tilknytning til et idrettsarrangement” jf. § 11-2(2).

¹³ Andenæs (2008) s.257

¹⁴ Andenæs (2008) s.257

¹⁵ Andenæs (2008) s.258

I kapittel 12 i NIFs lov finner man bestemmelsene om doping, og disse ”regulerer alle forhold rundt antidopingarbeidet” jf § 12-1(3). Bestemmelsene forutsettes etter sistnevnte paragraf å være i samsvar med WADC, og skal ved tolkningstvil fortolkes i samsvar med denne.

I § 12-2 (1) bokstav a) til i) er de forhold som ansees som dopingregelbrudd listet opp. De to mest sentrale er bokstav a) og b) som i likhet med WADC artikkel 2.1 og 2.2 regulerer tilstedeværelse og bruk av forbudte stoffer eller metoder. I WADC artikkel 2.2.2 som viser til artikkel 2.2 om *bruk* understrekes det at det er uten betydning om man lykkes eller ikke med dopingmisbruket. Det er tilstrekkelig at et forbudt stoff eller metode ble brukt eller forsøkt brukt for at et brudd på antidopingbestemmelsen er forøvet.

Etter § 12-2 (1) bokstav b) til i) kreves det skyld, det vil si forsett eller uaktsomhet, fra utøverens side for å kunne dømme vedkommende for overtredelse av dopingbestemmelsene.¹⁶ Dette er altså likt som i den alminnelige strafferetten, og følger av NIFs lov § 12-4 (2).

Men brudd på nevnte paragrafs bokstav a) (tilstedeværelse av forbudt stoff i dopingprøve), utgjør et unntak fra dette utgangspunktet. Ved slike brudd foreligger intet skyldkrav, vi har å gjøre med et objektivt ansvar. Utøveren får dette ansvaret gjennom NIFs lov § 12-4 (1), hvor det heter at: ”Utøver plikter å sørge for at intet forbudt stoff tilføres utøvers kropp. Utøver er uten hensyn til skyld ansvarlig for ethvert forbudt stoff eller spor av slikt stoff som blir funnet i utøvers dopingprøve jf. § 12-2 (1) bokstav a.” Dette ansvaret er implementert i norsk regelverk som en følge av WADC.¹⁷ Vi finner en liknende bestemmelse som den nevnte i NIFs lov igjen i WADC art. 2.1.1. Men i WADC kreves heller ikke skyld for å kunne dømme for *bruk* av forbudt stoff eller metode. Dette følger av kodens artikkel 2.2.1. Her finnes en ulikhet mellom NIFs lov og WADC.

¹⁶ *Idrett og juss* (2004) s. 255

¹⁷ *Idrett og juss* (2004) s. 255

Hensyn som ligger til grunn for prinsippet om objektivt ansvar er at det ville være vanskelig å få straffet utøverne når påtaleorganet må bevise skyld, og det ville være ødeleggende for kampen mot doping. Et annet hensyn er at et skyldkrav fører med seg store kostnader i form av omfattende bevisføring. Disse hensynene er altså veid og funnet tyngre enn utøverens rettssikkerhet.¹⁸

Når det gjelder den subjektive bevisbyrden, må først påtaleorganet påvise brudd på dopingbestemmelsene. Så langt er dette i samsvar med den alminnelige straffeprosessen.¹⁹ Dette følger av NIFs lov § 12-5 (1) 1.pkt. som legger denne bevisbyrden på Antidoping Norge. I WADC finner vi en tilsvarende bestemmelse i artikkel 3.1 første punktum.

Den objektive bevisbyrden skal etter NIFs lov § 12-5 (1) 2.pkt. være høyere ”enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, men lavere enn at all rimelig tvil skal komme anmeldte til gode.” WADC hjemler det tilsvarende i artikkel 3.1 tredje punktum. Her finner vi altså en ulikhet i forhold til den alminnelige norske straffeprosessen. Det er ikke nødvendig å være helt sikker på at anmeldte har brutt dopingbestemmelsene. Før implementeringen av WADC var kravet til objektiv bevisbyrde i NIFs lov likt som i den alminnelige straffeprosessen, all rimelig tvil skulle komme anmeldte til gode. Et slikt prinsipp er begrunnet i rettsikkerhetshensyn. Nå skal det mindre til for å dømme.²⁰

Den subjektive bevisbyrden overføres til anmeldte utøver hvis Antidoping Norge kan påvise regelbrudd på NIFs lov § 12-2 (1) bokstav a) (tilstedeværelse). Vi har da å gjøre med en omvendt bevisbyrde. Utøveren må da selv påvise at vedkommende ikke er skyldig i overtredelse av dopingreglementet.²¹ Her ligger de samme hensynene til grunn som ved det objektive ansvaret som beskrevet over. § 12-9 første og annet ledd regulerer straffutmålingen hvis utøveren beviser at vedkommende er uten skyld eller bare har utvist ubetydelig skyld. Den objektive bevisbyrden som nevnt over, gjelder også her, jf. § 12-5

¹⁸ *Idrett og juss* (2004) s. 255-256

¹⁹ *Idrett og juss* (2004) s. 255 og s. 256

²⁰ *Idrett og juss* (2004) s. 256

²¹ *Idrett og juss* (2004) s. 255

(2) 2.punktum. Hvis positiv prøve foreligger, krever § 12-9 (3) at utøveren i tillegg, for å unngå utelukkelse eller for at denne skal reduseres, må bevise hvordan det forbudte stoffet ble tilført dennes kropp. Den objektive bevisbyrden skal her være sannsynlighetsovervekt, jf. § 12-5 (2).

I NIFs lov § 12-4(3) finner man hjemmelen om rettsvillfarelse. Her heter det at:

”Manglende kjennskap til dopingbestemmelsene er ikke straffebefriende eller straffenedsettende.” En utøver er pliktig til å kjenne til dopingbestemmelsene og holde seg oppdatert på dopinglisten. Bestemmelsen er imidlertid tolket innskrenkende. Rettsvillfarelse utøveren ikke kan klandres for, det vil si såkalt unnskyldelig rettsvillfarelse, kan føre til at utøveren blir frifunnet.²²

4 Organisering og saksbehandling i idretten med tanke på doping

Det er Norges Idrettsforbund og olympiske og paralympiske komité (NIF) og Antidoping Norge (ADN) som har ansvaret for antidopingarbeidet i den organiserte idretten i Norge.²³ Kontroll- og påtalekompetansen knyttet til dopingsaker er overført til ADN via avtale med Idrettsstyret i NIF. NIF har ansvaret for domsvirksomheten.²⁴ ADN ble etablert av Kultur- og kirkedepartementet og NIF i 2003. Dette er en uavhengig stiftelse som i tillegg til ansvaret for kontroll- og påtalesfunksjonen (jf. NIFs lov § 12-22), blant annet har ansvar for holdningsskapende antidopingarbeid.²⁵ Stiftelsen kan ikke instrueres av NIF eller staten, og det er ADN som er part i en dopingsak.²⁶

²² *Idrett og juss* (2004) s. 256

²³ *Idrett og juss* (2004) s. 238

²⁴ *Idrett og juss* (2004) s. 240

²⁵ *Idrett og juss* (2004) s. 239 og 240

²⁶ *Idrett og juss* (2004) s. 240

ADN kan etter NIFs lov § 12-13 (2) anmelde en utøver til NIFs domsutvalg for brudd på dopingbestemmelsene med krav om at sak blir reist.²⁷ Den uavhengige Påtalenemnda, som ADN utpeker medlemmer til, beslutter om en dopingsak skal fremmes for idrettens domsorganer.²⁸ Dersom det etter Påtalenemndas syn er juridisk grunnlag for å reise sak, starter behandlingen for NIFs domsutvalg. NIFs styrende organer har ikke instruksjonsmyndighet overfor domsorganene og man kan ikke ha styreverv i NIF samtidig som man er medlem i et domsorgan. Dette skal sikre en viss grad av uavhengighet for domsorganene.²⁹

Det er anledning til å anke avgjørelsen fra NIFs domsorgan i henhold til NIFs lov § 12-15 (1). Det er i utgangspunktet NIFs appellutvalg som er ankeinstans jf. § 12-15 (2). Tas anken opp til behandling, har appellutvalget full prøvelsesrett.³⁰ Dette følger av § 12-15 (6). Man kan som utgangspunkt ikke anke appellutvalgets avgjørelse, denne er endelig. Årsaken til dette er selvdømmeprinsippet som innebærer at tvister som involverer NIF og underliggende organer skal løses endelig innen organisasjonen.³¹ Hjemmel for dette finnes i NIFs lov § 2-21.

Gjelder imidlertid saken en utøver som sto oppført på en særskilt liste (blant annet topputøvere og tidligere dopingdømte utøvere) da regelbruddet ble begått, kan avgjørelser som NIFs appellutvalg har tatt, påankes til idrettens voldgiftsdomstol Court of Arbitration for Sport (CAS) jf. NIFs lov § 12-15 (8) 1.punktum. I andre saker kan i følge § 12-15 (8) 2. punktum avgjørelsen fra appellutvalget kun ”påankes til CAS av WADA eller internasjonalt særforbund i samsvar med regler gitt av CAS.” Saken kan altså ikke ankes direkte fra NIFs domsutvalg til CAS, den må innom NIFs appellutvalg. Dette påpeker også WADC art. 13.1 som bestemmer at interne rettsmidler må uttømmes før saken går til

²⁷ *Idrett og juss* (2004) s. 242

²⁸ *Idrett og juss* (2004) s. 240

²⁹ *Idrett og juss* (2004) s. 242 og 243

³⁰ *Idrett og juss* (2004) s. 246

³¹ *Idrett og juss* (2004) s. 247

CAS.³² Et unntak fra dette finnes i § 12-15 (2) hvor det hjemles at anke fremsatt av WADA kan påankes direkte for CAS.

Det er anledning til å påanke avgjørelser fra CAS til sveitsiske domstoler, ettersom CAS ligger i Sveits. Det er sveitsisk lovgivning som regulerer denne adgangen.³³

En utøver kan alternativt bringe saken inn for de ordinære domstoler. Prøvingsadgangen vil imidlertid være svært liten. Det er kun rettsanvendelsesfeil, saksbehandlingsfeil og åpenbart usaklig, vilkårlig eller bevisst uriktig vedtak som kan prøves.³⁴ Det må antas at retten til norsk domstolsprøvelse er i behold selv om vedkommende har adgang til å ta saken opp for sveitsiske domstoler (det vil si om vedkommende er på særskilt liste og kan anke til CAS). Dette må begrunnes i at avkall på alminnelig rettergang er en vidtrekkende disposisjon. Har vedkommende derimot benyttet seg av ankeretten til sveitsiske domstoler, er det usikkert om prøvelsesadgangen til norske domstoler fortsatt står ved lag. Er adgangen til å prøve saken snevrere i Sveits enn i Norge, bør prøvelsesadgangen overfor norske domstoler fortsatt være i behold.³⁵

5 Ordinære dopingprøver og innsamling av disse

Dopingprøver tas av idrettsutøvere både i forbindelse med konkurranse og utenfor konkurranse. Omtrent 150 norske utøvere på høyt nivå er i dag oppført på såkalt prioritert liste. Dette er en liste som internasjonale særforbund og antidopingorganisasjoner er pliktige til å opprette for at utøverne i deres land skal kunne delta i OL. Det er WADAs regelverk som bestemmer dette.³⁶ Disse utøverne skal angi hvor de befinner seg til enhver

³² *Idrett og juss* (2004) s. 245

³³ *Idrett og juss* (2004) s. 249

³⁴ *Idrett og juss* (2004) s. 247

³⁵ *Idrett og juss* (2004) s. 250

³⁶ Antidoping Norge. *Utøverinformasjon*.

tid, og hver dag oppgi en time de kan treffes på mellom kl. 06.00 og kl. 23.00 for uanmeldt testing (garantitid).³⁷

Slike dopingprøver skal kunne avsløre tilstedeværelse av forbudte stoffer i utøverens blod- og urinprøver. Pierre-Edouard Sottas ved dopinglaboratoriet i Lausanne uttalte under ADNs forskningsseminar i november 2009 følgende: ”I 40 år har kampen mot doping i idretten vært basert på en metodikk der man prøver og detektere forbudte stoffer direkte i en biologisk prøve fra en utøver. Dette er gjort ved å lete etter stoffer i urin- eller blodprøver med en annen kjemisk struktur enn de vi normalt finner i kroppen.”³⁸

Det har vist seg at utøvere som doper seg ofte gjør dette i forkant av konkurranser. Mange dopingmidler kan ikke påvises en tid etter de er inntatt, slik at når testene tas blir utfallet negativt. Bruk av forbudte stoffer foran en konkurranse kan være ”hensiktsmessig” på den måten at man eksempelvis kan tåle større treningsmengder og restituere seg fortere. For å få bukt med denne utviklingen tester som nevnt antidopingorganisasjonene de beste utøvere uanmeldt også utenfor konkurranse. Allikevel ligger dopingmisbrukerne ofte foran antidopingarbeidet, og klarer å ”lure” systemet. Av denne grunn utvikles nå nye metoder og dermed et nytt regelverk som skal bidra til å avsløre synderne. Dette kan skje gjennom såkalte blodprofiler som jeg vil greie ut om i det følgende.

6 Blodprofiler som bevis

6.1 Innledning om blodprofiler

Blodprofiler som bevis i dopingsaker er i skrivende stund et veldig aktuelt og interessant felt i antidopingarbeidet og i idrettsjussen. I følge professor ved Norges laboratorium for dopinganalyse Peter Hemmersbach kan slike individuelle profiler ”anvendes til å avsløre

³⁷ Retningslinjer om plikt til å gi informasjon for planlegging og gjennomføring av dopingkontroller pkt. 5 (2)

³⁸ Antidoping Norge. –Et ”paradigmeskifte” i antidopingarbeidet.

brudd på regelverket uten at forbudte stoffer i en utøvers prøve er identifisert.”³⁹

Hemmersbach forklarer slik hva en blodprofil er: ”Med en blodprofil måles effekten av et mulig inntak av et dopingmiddel eller anvendelse av en dopingmetode, også når stoffet ikke lenger kan påvises i noen kroppsvæsker. Når et sett med avvikende prøveresultater hverken kan forklares gjennom spesielle fysiologiske tilstander eller et sykdomsbildet [sic], kan en utøver sanksjoneres på grunnlag av en evaluering av et ekspertpanel.”⁴⁰

Med slike metoder kan man løse et problem man har med de ordinære dopingprøvene, nemlig at de ikke klarer å avsløre bruk av forbudte midler som er foretatt en tid før testen tas. For en del av de forbudte stoffene som er brukt av idrettsutøvere er den såkalte deteksjonstiden meget kort. Det vil si at tiden hvor man kan påvise bruk av doping bare er fra ett døgn til noen dager, mens virkningen av doping varer mye lengre.⁴¹ Videre kan man ikke ved ordinære testmetoder avsløre bloddoping med eget blod. Dette skal blodprofiler kunne avsløre.⁴² Men i følge professor Peter Hemmersbach vil man ikke helt sikkert kunne klare å avsløre blodmanipulasjon med eget blod ved hjelp av blodprofiler heller. Det vil fortsatt være vanskelig å påpeke tilstedeværelse av en del forbudte stoffer og metoder, blant annet manipulasjon med eget blod. Det vil dermed eksistere en sannsynlighet for både falske negative prøver (det vil si at skyldige ikke blir avslørt) og falske positive prøver (det vil si at uskyldige blir mistenkt).⁴³

Norge har vært og er et foregangsland i antidopingarbeidet. Dette er også tilfellet i arbeidet med bruk av blodprofiler som bevis i dopingsaker. Situasjonen i skrivende stund er slik at ADN har blodprofiler på nærmere hundre norske utøvere. I tillegg har blant annet det internasjonale skiforbundet Fédèration Internationale de Ski (FIS) og det internasjonale sykkelforbundet Union Cycliste Internationale (UCI) profiler på eliteutøverne i sine

³⁹ Ren Idrett (nr.1 februar 2010)

⁴⁰ Ren Idrett (nr.1 februar 2010)

⁴¹ Kise Karlsen (2010)

⁴² Skjærli, Sundbø og Jarlsbo (2010)

⁴³ Hemmersbach (2010) a

forbund som brukes aktivt.⁴⁴ FIS har siden november 2001 offisielt hatt blodprofiler på ”sine” eliteutøvere, og disse resultatene er blitt offentliggjort. Dette arbeidet har ført til betydelig empirisk og vitenskaplig kunnskap om blodprofiler, som nå delvis er grunnlaget for regelverket om biologiske pass utarbeidet av WADA.⁴⁵

FIS har benyttet ”blod-screening” som grunnlag for startnekt siden 1990-tallet.⁴⁶ Slik startnekt har blitt benyttet hvis utøvere har hatt blodverdier over en viss grense, og da reglene ble innført var det for å prøve å stoppe en antatt pågående dopingkultur i idretten. Man hadde den gangen ikke like gode metoder som i dag for å avsløre dopingbruk, og det var vanskelig å finne rett tidspunkt å teste utøverne på for å kunne oppdage doping. På grunn av at man manglet bevis, oppnådde man ikke det ønskede målet med denne metoden.⁴⁷ I dag blir startnekt begrunnet med at det kan være helsemessig risikabelt å konkurrere når man har blodverdier over den fastsatte grense. Denne grensen vil være den samme for alle av samme kjønn, mens man med en blodprofil vil få en individuell grense, som vil være et bedre verktøy. De to siste sesongene har blodprofiler blitt brukt av FIS som grunnlag for startnekt.⁴⁸ Et eksempel er den russiske langrennsløperen Ivan Alypov som fikk to ukers startnekt i forbindelse med Tour de Ski 2010 begrunnet i et unormalt avvik i blodprofilen.⁴⁹

Men allerede i 2006 ble blodprøveresultater (hemoglobinnivå) over en periode på fire år anvendt for å beregne et gjennomsnittlig nivå for verdiene i forbindelse med startnekt. Saken gjaldt den tyske langrennsløperen Evi Sachenbacher-Stehle som fikk startnekt i forbindelse med OL i Torino, da hennes blodprøver viste verdier over grensen. Sachenbacher-Stehle hadde i flere år prøvd å få FIS til å utstede en dispensasjon for naturlig høye blodverdier, slik andre utøvere har fått. Men det hadde hun ikke lyktes med, og fikk derfor startnekt. Hun fikk saken tatt opp av den stående CAS-domstolen som

⁴⁴ Skjerdingsstad (2010)

⁴⁵ Fussek m.fl. (2010)

⁴⁶ Fussek m.fl. (2010)

⁴⁷ Hemmersbach (2010) a

⁴⁸ Fussek m.fl. (2010)

⁴⁹ Skjerdingsstad (2010)

samles under olympiske leker for å avgjøre hastesaker. Når man så på mønsteret av blodverdier gjennom fire år, kom retten til at den ikke ville avvike fra den oppfatningen FIS hadde, nemlig at Sachenbacher-Stehle ikke har et naturlig forhøyet hemoglobinnivå. Dermed ble startnekten opprettholdt.⁵⁰

Frem til nå har de profilene antidopingbyråene og særforbundene har opparbeidet, også blitt brukt til å gi dopingkontrollørene tegn om at en utøver med svingninger i blodprofilen bør testes nøye og ofte.⁵¹ FIS har blant annet brukt blodprofiler til målrettet testing av EPO i urinprøver.⁵²

Bruk av profiler er ikke helt nytt, tidligere har man anvendt en type profil for steroider. Når et atypisk funn av forholdet mellom testosteron og epitestosteron ble konstatert hos en utøver, gikk man tilbake for å finne ut om utøveren hadde blitt testet før og med hvilke resultater. I fremtiden ønsker man å utvikle steroidprofiler for alle utvalgte utøvere. Man vil da ha kartlagt dette til en hver tid og dermed kan man finne eventuelle unormale avvik, slik som man nå vil gjøre med blodprofiler.⁵³

Fra og med 1.januar 2010 innførte WADA internasjonale retningslinjer vedrørende blodprofiler, og disse omhandler prosedyrer rundt prøvetaking, transport av prøver, analyse og den videre behandling av resultatene fra prøvene. Med disse retningslinjene følger en større sikkerhet hvis man vil dømme utøvere for dopingbruk ved unormale avvik i blodprofilen, uten at positiv dopingprøve foreligger. Dopingtestene og prosedyrene rundt disse må samsvare med retningslinjene. Et slikt grunnlag for en dopingsak fordrer imidlertid at man har data på utøvernes blodverdier tilbake i tid. Daglig leder i ADN Anders Solheim uttaler at de ikke kan anvende de blodprofilene de har i dag i en eventuell sak mot utøverne på grunn av at WADA først 1. januar 2010 innførte de nevnte retningslinjer: ”Hadda [sic] WADA bestemt seg for dette i sommer, hadde vi hatt tid til å

⁵⁰ Deutscher Skiverband & Evi Sachenbacher-Stehle v. International Ski Federation (FIS)

⁵¹ Skjerdingsstad (2010)

⁵² Fussek m.fl. (2010)

⁵³ Hemmersbach (2010) b

utarbeide blodprofiler som vi kunne brukt i en eventuell sak”.⁵⁴ Solheim understreker at ADN ikke *vil* anvende prøver tatt før 1.januar 2010.⁵⁵

Medisinske eksperter og eksperter på antidopingarbeid mener klart at bruk av blodprofiler som fellende bevis vil medføre større sjanse for å finne dopingmisbrukerne og dermed medføre mindre doping i idretten. Som et eksempel på dette kan WADA-president John Fahey sitt utsagn etter at de nye retningslinjene for bruk av blodprofiler ble vedtatt av styret i WADA i desember 2009 siteres: ”Det løser ikke alle våre problemer, men det gir oss et nytt redskap”.⁵⁶ Pierre-Edouard Sottas ved dopinglaboratoriet i Lausanne omtalte under ADNs forskningsseminar i november 2009 de biologiske passene som et ”paradigmeskifte” i antidopingarbeidet.⁵⁷ Professor Peter Hemmersbach ved Norges laboratorium for dopinganalyse uttaler følgende: ”Obligatoriske blodprofiler vil ikke være noen garanti mot bloddoping. Men det vil være et langt steg i riktig retning”.⁵⁸

Det som nå er ønskelig er at alle internasjonale og nasjonale særforbund, WADA, nasjonale antidopingforbund og IOC samarbeider og slutter seg til arbeidet med blodprofiler, det vil si oppretter blodprofiler og håndhever dette.⁵⁹

6.2 Hvordan blodprofiler er tenkt brukt som bevis

I følge WADA vil biologiske pass brukes på to måter. Den ene måten er for målrettet testing, det vil si at man ved hjelp av blodprofilene finner ut hvilke utøvere man ønsker å teste ofte på tradisjonelt vis på bakgrunn av store svingninger i profilene. Den andre måten er å forfølge mulige brudd på antidopingbestemmelsen i WADC artikkel 2.2 (bruk eller

⁵⁴ Kise Karlsen (2010)

⁵⁵ Solheim (2010)

⁵⁶ Antidoping Norge. –Et ”paradigmeskifte” i antidopingarbeidet.

⁵⁷ Antidoping Norge. –Et ”paradigmeskifte” i antidopingarbeidet.

⁵⁸ Skjerdingsstad (2010)

⁵⁹ Kise Karlsen (2010) og Skjerdingsstad (2010)

forsøk på bruk av forbudte stoffer eller metoder).⁶⁰ Det er den sistnevnte måten jeg vil konsentrere meg om i denne oppgaven.

I henhold til WADAs retningslinjer for biologiske pass, som altså trådte i kraft 1. januar 2010, skal dopingprøvene tas, transporteres og analyseres på en meget streng og nøyaktig måte. Når det gjelder hvor mange blodprøver man må ta før en profil kan dannes heter det i retningslinjenes punkt 4.2 at: "Intra-individual variations can be reduced to an acceptable level after the collection of three initial values. As additional *Samples* are collected, the sensitivity of the Athlete Biological Passport improves."⁶¹ I følge professor ved Norges Idrettshøgskole Jostein Hallèn bør man ta 3-5 blodprøver av en utøver for å kunne opprette en blodprofil. Disse prøvene bør ideelt sett tas over et helt år. Dette da en utøvers blodverdier vil svinge gjennom et år grunnet sesongvariasjoner. Verdiene kan variere mer i noen deler av sesongen enn andre. Tar man allikevel prøvene over et kortere tidsrom bør sikkerhetsmarginene være større.⁶² UCI skriver på sin hjemmeside at det er forventet at seks tester vil muliggjøre avdekking av bloddoping, men at det i noen tilfeller kan være tilstrekkelig med færre prøver.⁶³

Pierre-Edouard Sottas uttalte ved Antidoping Norges forskningsseminar i november 2009 at tidspunktet for testing er meget viktig. Dette både av hensyn til å gi en optimal avskrekkende og en avslørende effekt.⁶⁴

Av WADAs omtalte retningslinjer følger fremgangsmåten som skal anvendes for biologiske pass. Den bayesianske sannsynlighetsmodellen skal anvendes på de analyserte prøvene. Denne modellen er utviklet for å identifisere unormale profiler. Modellen kan utløse "varsler" og identifisere unormale profiler. En profil som modellen har identifisert som unormal med en sikkerhet på 99,9 % eller mer, skal et panel bestående av tre eksperter

⁶⁰ WADA. *Questions & Answers on the Athlete Biological Passport*.

⁶¹ Athlete Biological Passport Operating Guidelines

⁶² Hallèn (2010)

⁶³ Union Cycliste Internationale. *Information on the biological passport*.

⁶⁴ Antidoping Norge. –Et "paradigmeskifte" i antidopingarbeidet.

vurdere. Antidopingbyråer kan velge en lavere sannsynlighet når de skal implementere slike retningslinjer i sitt regelverk. Andre profiler skal bli vurdert av en ekspert som avgjør om de er normale eller ikke. Men uten en nærmere gjennomgang kan dette ikke lede til en sak om brudd på antidopingbestemmelsene. Panelet med tre eksperter må i så fall først vurdere saken. Ekspertpanelet skal foreta en gjennomgang av utøverens blodprofil, tilleggsinformasjon og ledsagende faktorer som kan medføre at prøveresultatet ikke er passende å bruke i profilen uten justeringer. Panelet skal så komme frem til en av tre mulige avgjørelser. For det første kan det enstemmig komme til at det uten en tilfredsstillende forklaring fra utøveren, er høyst sannsynlig at utøveren har anvendt et forbudt stoff eller metode. Den andre muligheten er at panelet kommer til at den informasjonen som foreligger vekker mistanke om at doping har skjedd, og at videre etterforskning skal foretas. Et tredje alternativ er at panelet kommer til at informasjonen som er tilgjengelig ikke tilsier at noen spesiell testing eller etterforskning foretas på dette stadiet.⁶⁵

Antidopingorganisasjonen (det vil si for eksempel det aktuelle internasjonale særforbund eller nasjonale antidopingbyrå jf. WADC Appendix 1) må samtidig foreta en gjennomgang for å kunne slå fast om utøveren har fått innvilget eller vil bli innvilget medisinsk fritak, og om det har forekommet avvik fra de internasjonale standardene for testing og for laboratorier, som videre har ført til de aktuelle funnene jf. WADC artikkel 7.1.⁶⁶

Hvis panelet enstemmig kommer til at utøveren høyst sannsynlig har anvendt et forbudt stoff eller metode, og antidopingorganisasjonen sin gjennomgang ikke kan forklare resultatet, vil antidopingorganisasjonen informere utøveren om at det vurderes å anklage vedkommende for brudd på antidopingbestemmelsene. Utøveren vil så få anledning til å uttale seg i saken.⁶⁷ Daværende leder av UCI sin antidopingavdeling Anne Gripper påpeker at dette er en sjanse for aktuelle utøvere som de kan velge å benytte eller ikke. UCI kan i følge Gripper ikke ha den fulle oversikt over den medisinske historien til en utøver

⁶⁵ Athlete Biological Passport Operating Guidelines

⁶⁶ Athlete Biological Passport Operating Guidelines

⁶⁷ Athlete Biological Passport Operating Guidelines

gjennom blodprøvene som tas. En utøver har 30 dager på seg til å komme med sine uttalelser.⁶⁸

Hvis panelet kommer til det andre alternativet, nemlig at mistanke vekkes, skal antidopingorganisasjonen iverksette de tiltak med tanke på etterforskning som panelet anbefaler.⁶⁹

Panelet skal videre vurdere informasjonen fra antidopingorganisasjonen, utøverens innvendinger og annen tilleggsinformasjon. Ekspertpanelet skal så enten komme til en enstemmig konklusjon om at det ikke er noen kjent rimelig forklaring på blodprofilen utenom bruk av et forbudt stoff eller metode, eller hvis det er umulig for panelet å komme til noen enstemmig konklusjon, så kan det da enten anbefale eller ikke anbefale videre etterforskning i saken.⁷⁰

Hvis panelet kommer til en enstemmig konklusjon om at ingen annen forklaring er rimelig enn at et forbudt stoff eller metode har vært benyttet, så skal antidopingorganisasjonen føre saken videre i henhold til WADC artikkel 8 som hjemler retten til en rettferdig rettergang.⁷¹ Det vil da være WADC artikkel 2.2 som vil være grunnlag for anmeldelsen. Denne regulerer som nevnt bruk eller forsøk på bruk av forbudt stoff eller metode. Vi finner den tilsvarende bestemmelsen i NIFs lov i dennes § 12-2 (1) bokstav b).

6.3 Er et slikt indirekte bevis tilstrekkelig som fellende bevis?

Det knytter seg juridiske spørsmål til bruken av blodprofiler som bevis i dopingsaker. Spørsmålet er om det kan foreligge brudd på dopingbestemmelsene uten at positiv dopingprøve foreligger. Ved bruk av blodprofiler som bevis har man ingen positiv dopingprøve, og dermed ikke noe direkte bevis. Man kan da som utgangspunkt anta at et

⁶⁸ Kröner (2010)

⁶⁹ Athlete Biological Passport Operating Guidelines

⁷⁰ Athlete Biological Passport Operating Guidelines

⁷¹ Athlete Biological Passport Operating Guidelines

slikt indirekte bevis ikke er tilstrekkelig til å felle en idrettsutøver for dopingmisbruk. Hvis man sammenligner med den ordinære straffeprosessen, har retten som beskrevet ovenfor plikt til å sørge for fullstendig opplysning av saken, og dermed innhente nye bevis. Det vil si at retten må ha tilstrekkelige bevis i hende for å dømme en tiltalt. Sammenligner man med idrettens regler må som nevnt påtaleorganet først fremvise bevis for at det skal bli noen dopingsak. I tillegg til positiv dopingprøve har bevis i form av innrømmelser, vitnesbyrd og dokumentbevis blitt anvendt. Man kan da spørre om et indirekte bevis som en blodprofil er holdbart som fellende bevis i en dopingsak.

6.3.1 Hva slags bevis kan anvendes?

Både WADC og NIFs lov inneholder en bestemmelse om hva slags bevis som kan brukes i forhold til antidopingbestemmelser. I WADC art. 3.2 heter det at: "Facts related to anti-doping rule violations may be established by *any reliable means*, including admissions." (Min kursivering). Dette er den rettslige hjemmelen for å kunne anvende blodprofiler som bevis i dopingsaker.

I kommentaren til artikkelen eksemplifiseres dette med at en antidopingorganisasjon kan opprette en sak på brudd på antidopingbestemmelser under art. 2.2 (bruk eller forsøk på bruk av forbudte stoffer eller metoder) basert på blant annet "conclusions drawn from the profile of a series of the Athlete's blood or urine Samples." Her står det klart at blodprofiler kan brukes som bevis. Spørsmålet må da være om konklusjonene som man trekker fra blodprofilen er tilstrekkelig pålitelige ("reliable"). For å kunne svare på dette må man vurdere om måten profilene utarbeides og vurderes på er pålitelig, og om det finnes andre forhold enn doping som kan påvirke blodverdiene, i hvor stor grad disse kan påvirke og hvordan man eventuelt kan eliminere disse forholdene, slik at man sitter igjen med en blodprofil som man kan anse som pålitelig.

NIFs lov § 12-5(3) lyder som følger: "Bevis for faktiske omstendigheter tilknyttet et regelbrudd kan bringes til veie på enhver pålitelig måte." Spørsmålet er også her hva som

er ”pålitelig måte”. Kan bevis i form av blodprofiler sies å være satt frem på en pålitelig måte? Man må selvsagt også her se på de samme faktorene som nevnt over for WADC.

6.3.2 Om pålitelighet – andre faktorer som kan spille inn

Så hvor trygg kan man være på at det ikke eksisterer en viss usikkerhet ved disse blodprofilene?

Den nederlandske statistikeren Klaas Faber uttaler seg i forbindelse med saken omkring Claudia Pechstein (omtales nedenfor) om sannsynligheten for feil ved bruk av blodprofiler. Han mener at i en av tjue tilfeller vil en utøver bli uskyldig mistenkt for dopingbruk da slike høye blodverdier vil forekomme naturlig, og at dette er en alt for lav sannsynlighet å anvende i dopingsaker. Vitenskapelig direktør i WADA Olivier Rabin kaller derimot Fabers utspill for ”speculations without factual merit.”⁷² Director General i WADA David Howman karakteriserer Fabers utspill som ”simply a contention”.⁷³ Dette fordi de usikkerhetene Faber nevner vil bli vurdert av det vitenskapelige ekspertpanelet. Derfor mener Howman at Fabers teori muligens mangler ”actual substance”.⁷⁴

Det er uansett mange faktorer som kan påvirke blodprofilen uten at doping har skjedd. Dette kan være forhold som høyde over havet utøveren befinner seg på når prøven tas og like i forkant, sykdom og restitusjon fra sykdom, trening, dehydrering av andre årsaker m.v.⁷⁵ WADAs nye retningslinjer skal sørge for at alle blodprøver som tas utføres på samme måte, og prosedyrene er meget nøye og strenge for hvordan disse skal tas, oppbevares, transporteres, analyseres osv.

I følge prosessfullmektig i påtalenemnda i ADN, Niels R. Kiær er retningslinjene innført for å gi blodprofiler stor nok vekt som bevis i dopingsaker. Ingen andre forhold skal kunne

⁷² Scholten og Schoof (2009)

⁷³ Howman (2010)

⁷⁴ Howman (2010)

⁷⁵ Hallén (2010)

spille inn og påvirke utfallet, man fjerner da argumentet om at naturlige variasjoner kan påvirke blodprofilen.⁷⁶ Professor Peter Hemmersbach mener at innføringen av WADAs retningslinjer er meget viktig. Han ville aldri brukt blodprofiler som bevis i en dopingsak før retningslinjene var trådt i kraft og fulgt. Man har nå en helt annen sikkerhet med tanke på blodprofilene enn man hadde før retningslinjene trådte i kraft.⁷⁷

Videre forbedres den bayesianske sannsynlighetsmodellen stadig, slik at også flere fysiologiske faktorer kommer med i denne.⁷⁸ Pierre-Edouard Sottas ved dopinglaboratoriet i Lausanne har utviklet denne sannsynlighetsmodellen, som ligger til grunn for blant annet blodprofilprogrammet som ble innført i Norge 1. januar 2010. Sottas er blant dem som vet aller mest om disse programmene.⁷⁹

Sottas sier i en generell kommentar at som i hvilken som helst rettsmedisinsk vitenskap, foreligger det heller ikke vedrørende bruk av blodprofiler noen absolutt sikkerhet. Eventuelle bevis bør bekreftes eller ugyldiggjøres av andre bevis. Som et eksempel nevner Sottas at ingen domstol vil dømme en tiltalt på bakgrunn av kun DNA-bevis alene, selv om DNA-bevis er meget tungtveiende. Sottas mener at det samme gjelder på antidoping-området. Videre hevder han at verdien av et bevis som er basert på blodprofiler kan være like godt som et bevis basert på en DNA-profil.⁸⁰

Sottas mener altså at det finnes ledsagende faktorer som kan virke inn på et bevis i form av blodprofiler, og at spørsmål om metodens sikkerhet kan stilles. Men disse spørsmålene vil også kunne stilles for alle andre bevis på alle rettsmedisinske områder. Han hevder at det aller viktigste er å følge en sunn logikk for å unngå en logisk feilslutning. Logikken man anvender med blodprofiler er først å oppdage en unormalitet, for så å avgjøre om denne skyldes et medisinsk forhold eller doping. Denne avgjørelsen er et eksempel på en typisk

⁷⁶ Kiær (2010)

⁷⁷ Hemmersbach (2010) a

⁷⁸ Hemmersbach (2010) b

⁷⁹ Antidoping Norge. –Et "paradigmeskifte" i antidopingarbeidet.

⁸⁰ Sottas (2010)

rettsmedisinsk avgjørelse der man vurderer bevis og man har to konkurrerende hypoteser. Ekspertene avgir en forklaring med deres oppfatning av hvor sannsynlig det aktuelle beviset, i dette tilfellet blodprofiler, er, forutsatt de to hypotesene (medisinsk forhold og doping).⁸¹

Director General i WADA David Howman påpeker også at andre faktorer som kan innvirke på blodprofilen ikke kan elimineres. Disse må derimot bli vurdert, slik at hvis det finnes en tilfredsstillende medisinsk eller vitenskapelig forklaring på en unormal blodprofil, vil det ikke bli noen dopingsak.⁸²

FIS mener at utenforstående elementer som kan virke inn på blodprofiler ikke er noe problem. Kommunikasjon mener FIS er meget viktig for å forstå svingningene som kan forårsake mistenkelige blodprofiler. Ved hjelp av for eksempel dokumenter fra utøver og medisinsk personell kan man forklare mulige medisinske forhold.⁸³

Kommunikasjon vil man oppnå mellom utøver/medisinsk personell og ekspertpanelet. Professor ved Norges laboratorium for dopinganalyse Peter Hemmersbach understreker viktigheten av ekspertpanelets rolle. Han mener sammensetningen av panelet er særdeles viktig. Man har behov for helt spesiell viten for å kunne foreta de vurderingene som panelet er forespeilet å skulle ta. Det er behov for spesialister innen hematologi, patologi samt arbeidsfysiologi. Man må kunne dokumentere at kunnskapen som behøves er tilstede. Uten et panel som besitter tilfredsstillende kunnskap, ville man aldri kunne bevise ved hjelp av en blodprofil at en utøver har drevet med blodmanipulasjon. Det ville ikke være tilstrekkelig om kun statistikk skulle avgjøre om en blodprofil viser at en utøver har dopet seg.⁸⁴ Viktigheten av ekspertpanelets rolle er også slått fast i WADAs retningslinjer om biologiske pass punkt 6.1. Her heter det at det er ”essential” at dette riktig sammensatte

⁸¹ Sottas (2010)

⁸² Howman (2010)

⁸³ Fussek m.fl. (2010)

⁸⁴ Hemmersbach (2010) a

panelet vurderer alle data og resultater fra blodpassene for å identifisere et hvert mulig patologisk og utenforstående forhold som kan ha virket inn på resultatet.⁸⁵

Domstolen er så ansvarlig for å vurdere om den objektive bevisbyrden som kreves er oppnådd.⁸⁶

6.3.3 Objektiv bevisbyrde

Den objektive bevisbyrden i dopingsaker skal som nevnt tidligere, fortsatt være høyere ”enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, men lavere enn at all rimelig tvil skal komme anmeldte til gode.” (jf. over). Denne bevisbyrden finner vi også igjen i WADC artikkel 3.1 tredje punktum: ”This standard of proof in all cases is greater than a mere balance of probability but less than proof beyond a reasonable doubt.”

WADC hjemler i samme artikkel at organet som skal avgjøre om utøveren er skyldig i brudd på dopingbestemmelsene, må inneha en såkalt ”comfortable satisfaction” vedrørende bevisbyrden før de kan dømme vedkommende. CAS uttalte i Pechstein-saken (omtales nedenfor) at denne standarden er ”well-known in CAS practice, as it has been the normal CAS standard in many anti-doping cases even prior to the WADA Code”.⁸⁷ Denne standarden kommer ikke i tillegg til bevisbyrden som skal ligge et sted mellom alminnelig sannsynlighetsovervekt og at all rimelig tvil skal komme anmeldte til gode. Den ”comfortable satisfaction” inngår i denne vurderingen.

Videre slår WADC fast i samme artikkel at det dømmende organet må ”bearing in mind the seriousness of the allegation which is made.” Dette er også et moment som skal tas med når man vurderer bevisbyrden. Det er klart at det er meget alvorlig og dramatisk for en toppidrettsutøver å bli utestengt fra idretten for dopingmisbruk. Derfor bør dette tale for at den objektive bevisbyrden bør være høy, slik at sannsynligheten for at uskyldige blir dømt

⁸⁵ Athlete Biological Passport Operating Guidelines

⁸⁶ Sottas (2010)

⁸⁷ Claudia Pechstein, Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft e.V. v. International Skating Union

så godt som elimineres. Vedkommende vil miste sitt levebrød i tillegg til den store belastningen det er å bli utsatt for noe slikt. Niels R. Kiær sammenligner en slik utestengelse med en lege eller advokat som blir fratatt sin lisens til å drive virksomhet. Man kan på den annen side i følge Kiær også si at antidopingbestemmelsene kan sammenlignes med spilleregler som man må følge. Deltakelse i idrettskonkurranser er ikke noe man har krav på, og man må følge reglene for å få lov til å delta.⁸⁸

I følge Kiær skal man ikke flytte på bevisbyrden om man skal anvende blodprofiler som bevis, men det avgjørende er om bevisene i en eventuell dopingsak er gode nok til å oppfylle den objektive bevisbyrden vi har i dag.⁸⁹

6.4 Pechstein-saken

Den tyske skøyteløperen Claudia Pechstein er utestengt i to år for doping. Men det spesielle i denne dopingsaken er at hun aldri har avlagt noen positiv dopingprøve, og påtaleorganene har ikke kunnet si hva slags forbudt stoff Pechstein skal ha anvendt. Hun ble dømt på bakgrunn av sin blodprofil.

Kort fortalt startet saken da Pechsteins blodprøver som ble avlagt i forbindelse med VM på Hamar i februar 2009, viste unormalt høye verdier. Noen dager etter disse prøvene ble avlagt, avla hun en ny prøve som viste en veldig lav blodverdi. I juli samme år ble hun av det internasjonale skøyteforbundet (ISU) utstengt i to år for bloddoping. Kort tid etter anket hun avgjørelsen inn for CAS. Retten avsa dom i november 2009, og Pechstein fikk ikke medhold i sin anke. (Faktum er hentet fra CAS sin avgjørelse av 25. november 2009.⁹⁰) Pechstein prøvde da å få gjennom en hastesak i sveitsisk høyesterett slik at hun kunne rekke OL i Vancouver i februar 2010. Dette ble avslått med den begrunnelse at hun i hovedsak ikke kom til å vinne frem. Under Vancouver-lekene fikk hun den stående CAS-domstolen som samles under olympiske leker for å avgjøre hastesaker, til å se på saken

⁸⁸ Kiær (2010)

⁸⁹ Kiær (2010)

⁹⁰ Claudia Pechstein, Deutsche Eisschnellauf Gemeinschaft e.V. v. International Skating Union

som en siste mulighet for å få delta i lekene. Hun vant ikke frem her heller, men begrunnelsen her var at domstolen ikke hadde jurisdiksjon til å avgjøre saken slik anken var formulert.⁹¹

ISU utestengte Pechstein i juli 2009 for bloddoping med hjemmel i artikkel 2.2 i ISU sitt regelverk – ISU ADR (Anti-Doping Rules) - som regulerer ”*Use or Attempted Use of a Prohibited Substance or a Prohibited Method*”.⁹² ISU vedtok 30. juli 2008 et nytt regelverk som trådte i kraft 1. januar 2009 som regulerer prosedyrer for blodtesting, og forbundet var dermed ett år tidligere ute enn WADA med å innføre slike retningslinjer.

CAS avgjorde saken i november 2009 med den objektive bevisbyrde som anvendes i idretten. Denne har vært anvendt av CAS i mange saker, og den har også støtte i sveitsisk rett (som er en supplerende rettskildefaktor her, da CAS ligger i Sveits). Retten uttalte at det med bakgrunn i sveitsisk rett i dopingsaker ikke skal anvendes strafferettslige prinsipper for bevisstyrke, men privatrettslige prinsipper. Standarden ”comfortable satisfaction” hentet fra ISU ADR artikkel 3.1 (som tidligere omtalt også finnes i WADC art. 3.1) ble anvendt. CAS slo fast at man ikke kan anvende en standard nært opptil ”proof beyond reasonable doubt” her. Retten var klar over at påstandene mot Pechstein var alvorlige, men så ikke på disse som mer alvorlige enn andre saker vedrørende bloddoping som CAS har hatt med å gjøre.⁹³

CAS vurderte blodverdiene til Pechstein fra prøvene som ble tatt av henne under VM på Hamar grundig i forhold til hva som er vanlige verdier for den generelle befolkningen i Europa, og i forhold til andre eliteutøvere i hurtigløp på skøyter. Domstolen vurderte videre hennes verdier i forhold til hennes egne verdier i prøver tatt tidligere, og den gjennomsnittlige verdien på disse prøvene. Konklusjonen var at i forhold til alle sammenligningene var Pechsteins verdier fra prøvene fra Hamar ”abnormal”. Anførselen

⁹¹ Claudia Pechstein v. Deutscher Olympischer Sportsbund, International Olympic Committee v. Deutsche Eisschnellauf-Gemeinschaft e.V., International Skating Union

⁹² Claudia Pechstein, Deutsche Eisschnellauf Gemeinschaft e.V. v. International Skating Union

⁹³ Claudia Pechstein, Deutsche Eisschnellauf Gemeinschaft e.V. v. International Skating Union

om at Pechstein skal lide av en medfødt blodsykdom ble avvist av retten på bakgrunn av en ekspertuttalelse som ekskluderte dette. Med grunnlag i dette, sammen med flere andre forhold, konkluderte retten med at ISU hadde oppfylt sin plikt til å legge frem bevis slik at retten kunne ta en avgjørelse hvor standarden ”comfortable satisfaction” var overholdt. De store svingningene i blodverdiene til Pechstein kunne ikke forklares på annen måte enn at utøveren hadde foretatt ulovlige blodmanipulasjoner.⁹⁴

Denne saken er ikke avsluttet i skrivende stund (april 2010).

Direktør i WADA David Howman påpeker at denne saken ikke gjaldt biologiske pass. Som nevnt hadde ISU allerede innført egne regler vedrørende blodprofiler.⁹⁵ Det var disse reglene som ble benyttet i denne saken, og ikke WADAs retningslinjer som ikke var innført ennå. Disse retningslinjenes utkast vises for øvrig til i dommen.

6.5 Bruk av blodprøver tatt før 1.januar 2009

Først fra 1. januar 2009 nevner WADC eksplisitt blodprofiler som et mulig bevismiddel. Et interessant spørsmål er om man kan bruke prøver tatt før denne datoen i utarbeidelsen av blodprofiler i dag.

Da blodprofiler ikke ble nevnt eksplisitt i lovverket før denne datoen, kan det hevdes at det oppstår en tilbakevirkende kraft hvis blodprøver tatt før denne tid brukes til blodprofiler i dag. Men dette forutsetter at blodprofiler ikke kan sies å inngå i “by any reasonably reliable means”, som var formuleringen før 1. januar 2009, uten at det nevnes eksplisitt.

For å vurdere om et bevis i form av en blodprofil kan sies å inngå i den nevnte formuleringen, kan man spørre om denne er tilstrekkelig presis og ikke for vag til å kunne

⁹⁴ Claudia Pechstein, Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft e.V. v. International Skating Union

⁹⁵ Howman (2010)

angi hvilke bevismidler som kan brukes i en dopingsak, og om man dermed kan si at et indirekte bevis som blodprofiler inngår der.

Om man sammenligner med ordinær straffeprosess, ser man at det i straffeprosessloven tredje del om bevis nevnes hvilke bevis som kan anvendes. I lovens kapittel 10 finnes reglene om vitner som bevis og i kapittel 11 finner man reglene som sakkyndigbevis. Kapittel 12 regulerer gransking. Dette begrepet er ment å omfatte ”enhver ytre iakttakelse eller undersøkelse av en person eller en gjenstand.”⁹⁶ Med gransking siktes det altså til straffeprosesslovens regler om realbevis.⁹⁷ Kapittel 13 i straffeprosessloven regulerer bevis i form av personundersøkelse og rettspsykiatrisk undersøkelse. I tillegg til disse bevismidlene som listes opp i straffeprosesslovens tredje del kommer de bevismidlene som er listet opp ovenfor i avsnitt 3.1. Dette er partsforklaringer (jf. § 91 1.ledd), lyd- og videoopptak (jf. §§ 298, 300), erklæringer avgitt i anledning saken (jf. §§ 269-271, 297 2.ledd, 299 2.ledd) med spesielle forbehold for politirapporter (jf. §§ 296 2.ledd, 297 1.ledd).⁹⁸

Det forhold at de tillatte bevismidlene i den ordinære straffeprosessen er såpass grundig listet opp i straffeprosessloven, kan tale for at WADC og særforbunds egne regelverk som er bygget på WADC sitt system, kan være for upresist formulert når bevismidlene som kan anvendes kun refereres til som ”any reasonably reliable means, including admissions”.

Dette temaet om tilbakevirkende kraft ble tatt opp og drøftet i Pechstein-saken. Pechstein mente at man ikke kunne bruke blodprofiler som bevis før 1. januar 2009, og man kunne ikke bruke hennes prøver fra før dette tidspunktet som grunnlag i denne saken. CAS mente derimot at ettersom det både i den nye og den gamle ISU ADR artikkel 3.2 heter at man kan dokumentere brudd på regelverkets bestemmelser ”by any reasonably reliable means”, må dette bety at såfremt blodprofiler kan karakteriseres som ”reasonably reliable means” var slike godkjent som bevis også før 1. januar 2009. (ISU ADR ble endret samtidig med

⁹⁶ Hov (2007) s. 277

⁹⁷ Hov (2007) s. 277

⁹⁸ Hov (2007) s. 273-291

WADC.) At blodprofiler nevnes spesifikt nå er bare som et eksempel på et mulig bevismiddel. Dessuten mente retten at siden det var på grunnlag av blodverdier tatt etter denne datoen at utøveren var anmeldt, var det uansett ikke snakk om tilbakevirkende kraft. Prøvene tatt før 1. januar 2009 brukes bare som hjelp til å tolke og forstå de omtvistede blodverdiene fra februar 2009.⁹⁹

Når det gjelder en mulig situasjon der både de prøvene som er brukt som grunnlag for en blodprofil og de omtvistende, antatt unormale prøvene er tatt før 1. januar 2009, kan saken bli annerledes. I Pechstein-saken var det ikke nødvendig for retten å ta stilling til denne situasjonen, da de omtvistende prøvene var tatt i februar 2009. Det kan hevdes at man ikke kan dømmes på bakgrunn av blodprofiler og unormale prøver før dette var eksplisitt inntatt i WADC, da man ikke hadde noen hjemmel for å anvende et slikt bevismiddel den gangen. Men det heter i den nå gjeldende kommentaren til WADC artikkel 2.2 at det *alltid* har vært slik at bruk eller forsøk på bruk av forbudte stoffer eller metoder kan bli "established by any reliable means". Idrettens regelverk er videre lagt opp på en annen måte enn det ordinære lovverket, og jeg må si meg enig med den konklusjonen som CAS kom med vedrørende dette. Blodprofiler bør kunne sies å ha inngått i formuleringen om mulige bevismidler også før lovendringen 1. januar 2009. Dette medfører at både prøver som er tatt før denne datoen bør kunne brukes om grunnlag for en blodprofil og de omtvistede prøver fra før denne tid bør kunne anvendes. Det er ikke snakk om noen tilbakevirkende kraft.

I Pechstein-dommen nevnes også det forhold at man innenfor en periode på åtte år har anledning til å anvende nye metoder, til tross for at disse ikke er nevnt i dopingreglementet, for å undersøke og avdekke tidligere brudd på regelverket. Så lenge den materielle regelen som sanksjonerer en gitt handling (her ISU ADR/WADC artikkel 2.2) er trådt i kraft før handlingen foretas, vil ikke bruk av et nytt bevismiddel utgjøre noen tilbakevirkende kraft.¹⁰⁰

⁹⁹ Claudia Pechstein, Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft e.V. v. International Skating Union

¹⁰⁰ Claudia Pechstein, Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft e.V. v. International Skating Union

Når konklusjonen er at man kan anvende prøver tatt før 1. januar 2009 på grunnlag av det ovenstående, dukker et annet spørsmål opp. For i forlengelsen av dette er det nærliggende å spørre om hvordan man skal ta hensyn til de retningslinjene som WADA innførte 1. januar 2010 i forhold til prøver tatt før denne tid. Dette innebærer altså prøver tatt både før 1. januar 2009 og prøver tatt mellom 1. januar 2009 og 31. desember 2009.

6.6 Bruk av blodprøver tatt før 1. januar 2010

Et spørsmål er altså om man kan bruke prøver man har tatt før WADAs retningslinjer om biologiske pass ble satt i kraft 1. januar 2010 som grunnlag for en blodprofil. Spørsmålet her blir om prøvene tatt før ikrafttreddelsen er utført på den meget strenge og omhyggelige måte som WADAs retningslinjer tilsier. Hvis de ikke er tatt på denne måten, vil prøvene kunne inneholde feilelementer som vil kunne påvirke blodverdien og dermed blodprofilen som vil dannes over tid. Her finner man en klar kime til usikkerhet, urettferdighet og dårlig rettssikkerhet. Dette vil også gjelde de prøver som er tatt før denne datoen som viser unormalitet i blodverdiene, samt prøver tatt etter retningslinjene trådte i kraft – men hvor disse ikke er overholdt.

Daglig leder i ADN Anders Solheim skriver at fra hans synspunkt kan en profil brukes selv om WADAs retningslinjer ikke er fulgt. Men er det betydelige avvik fra disse kan det innebære at utenforliggende faktorer kan påvirke profilen, og dermed dennes verdi som bevis. Dette vil avhenge av hva slags avvik man har med å gjøre. Spørsmålet vil være om profilen danner et godt nok grunnlag i forhold til kravene i WADAs regelverk for å påvise dopingbruk.¹⁰¹

Solheim skriver videre at ADN ikke vil bruke prøver tatt før retningslinjene til WADA trådte i kraft 1. januar 2010 som bevis i en eventuell dopingsak. Prøver organisasjonen har tatt før retningslinjene var klare i november-desember 2009 er ikke 100 % i tråd med disse.

¹⁰¹ Solheim (2010)

Solheim sier altså at det er en fordel om prøvene er i tråd med retningslinjene, men ikke et absolutt krav. Dette vil avhenge av om avviket kan ha vesentlig betydning eller ikke.¹⁰² Dette vil si at det vil ta noe tid før man kan komme til å se nye saker hvor blodprofiler er brukt som bevis, rett og slett fordi man må ta prøver i henhold til WADAs nye retningslinjer og bygge opp blodprofiler i forhold til disse. Først når dette er gjort, har man et grunnlag for å benytte dette som bevis.

Peter Hemmersbach mener også at man må sette en grense mellom før og etter retningslinjene trådte i kraft for hvilke data man kan bruke. Men i et aktuelt tilfelle bør man etter hans mening se på om retningslinjene er brutt ved de prøver som er tatt før retningslinjene trådte i kraft. Er disse brutt, er det på samme måte som Solheim hevder viktig at man ser på hva slags brudd det er snakk om før man eventuelt forkaster bevismaterialet. Hemmersbach eksemplifiserer med at retningslinjene inneholder en regel om at utøveren som det skal tas blodprøve av har sittet stille i minst 10 minutter før prøven tas. Hvis man kontrollerer hvordan en prøve tatt før 1. januar 2010 ble tatt, og kommer til at utøveren satt stille i 15 minutter før prøven ble tatt, er det selvsagt ikke noe problem i forhold til de nye retningslinjene å anvende denne prøven som grunnlag i saken.¹⁰³

6.7 Sykkelsporten og biologiske pass

Sykkelsporten har vært en av de utholdenhetsidrettene som har hatt størst problemer med doping. Men det internasjonale sykkelforbundet Union Cycliste Internationale (UCI) er nå kjent for å ha ”et av de mest omfattende og effektive” (min oversettelse) antidopingprogrammene i verden.¹⁰⁴ UCI var tidlig ute med å innføre biologiske pass for sine utøvere. Allerede i januar 2008 startet de opp med innsamlingen av prøver som skulle danne grunnlaget for passene. Da hadde arbeidet med denne innføringen holdt på siden

¹⁰² Solheim (2010)

¹⁰³ Hemmersbach (2010) a

¹⁰⁴ Union Cycliste Internationale

april 2007, og UCI var det første internasjonale særforbundet som innførte et omfattende program for biologiske pass.¹⁰⁵

Systemet i UCI er, som WADAs retningslinjer tilsier, slik at blodprøvene blir analysert og den bayesianske sannsynlighetsmodellen anvendes på disse resultatene for å se om en unormal blodprofil foreligger. En uavhengig ekspertgruppe vil så bli forelagt blodprofilen for å tolke denne. Denne gruppa vil så anbefale UCI hva forbundet bør gjøre med denne saken.¹⁰⁶ Daværende leder av antidopingavdelingen i UCI Anne Gripper uttaler at forbundet har arbeidet meget nøye og hardt i lengre tid for å være sikre på at de kan tolke profilene skikkelig. I slutten av 2008 hadde UCI omfattende profiler av mange syklistene. Gripper påpeker at etter at sannsynlighetsmodellen har tolket prøveresultatene behøves en "human touch" og en eksperts kunnskap for å se på dataene og tolke dem. Det at en profil overstiger visse grenser, behøver ikke tilsi at utøveren har dopet seg, sier Gripper. Ekspertene avgjør om resultatene kan forklares ved noe patologisk eller fysisk, eller om utøveren har dopet seg ved blodmanipulasjon. UCI vil så foreta alle innledende undersøkelser, og hvis forbundet blir overbevist om at det foreligger tiltrekkelig med bevis for at en rytter har brutt dopingreglementet, foreslår det for rytterens nasjonale særforbund at disiplinære sanksjoner, med en rettferdig saksgang hvor rytteren kan legge frem sitt forsvar, innledes.¹⁰⁷

I juni 2009 kom de første sakene med anbefalinger fra ekspertpanelet, og UCI foreslo disiplinære sanksjoner for de nasjonale særforbundene. Fem ryttere (Igor Astarloa Ascasibar, Pietro Caucchioli, Francesco De Bonis, Ruben Lobato Elvira og Ricardo Serrano Gonzalez) ble mistenkt for blodmanipulasjon på bakgrunn av unormale blodprofiler.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Union Cycliste Internationale. *Information on the biological passport.*

¹⁰⁶ Union Cycliste Internationale. *Information on the biological passport.*

¹⁰⁷ Benson (2009)

¹⁰⁸ UCI Press Service (2009)

For noen av dem ble andre forhold enn mistanken om doping på bakgrunn av unormale blodprofiler avgjørende.

I oktober 2009 kom det frem at Francesco De Bonis hadde testet positivt på dopingmiddelet CERA i mai samme år.¹⁰⁹ I juli 2009 ble det offentliggjort at Ricardo Serrano Gonzalez hadde avlagt positiv dopingprøve (CERA) i juni samme år, noen dager før UCI gjorde kjent at blant annet han var mistenkt for bloddoping på bakgrunn av unormale blodverdier. UCI uttalte i denne forbindelse at det positive resultatet ville bli lagt til de bevisene som allerede var sendt til det spanske sykkelforbundet i forbindelse med mistanken basert på blodprofiler. Serrano Gonzalez ble suspendert inntil det spanske sykkelforbundet avholder rettslige høringer og foretar en avgjørelse i saken.¹¹⁰ Igor Astarloa Ascasibar la opp som toppsyklist vinteren 2010.¹¹¹ I følge cyclingnews.com var saken hans fortsatt under etterforskning i desember 2009.¹¹²

Jeg har ikke lyktes i å finne noen informasjon om hva som videre har skjedd med disse sakene. Jeg antar at disse sakene fortsatt er under etterforskning av de nasjonale sykkelforbundene, slik at man fortsatt venter på disse avgjørelsene som kan være grunnleggende og viktige for anvendelsen av blodprofiler som bevis.

6.8 Sammenligning med BALCO-sakene

6.8.1 Bruk av blod- og urinprøver som bevis, uten at noen av prøvene er positive

CAS uttalte i Pechstein-saken at retten her var klar over at saken omhandlet problemstillinger som ikke hadde vært tatt opp i domstolen tidligere. Men CAS nevnte også at det finnes presedenser i USA og viste til The American Arbitration Association

¹⁰⁹ Brown (2009)

¹¹⁰ Cyclingnews (2009)

¹¹¹ Cossins (2010)

¹¹² Westemeyer (2009)

(AAA) sin avgjørelse 9. desember 2004 i saken mellom USAs antidopingbyrå United States Anti-Doping Agency (USADA) og friidretts-sprinteren Michelle Collins.¹¹³

I denne saken var det første gang USADA ønsket å sanksjonere en utøver som ikke hadde testet positivt. AAA uttalte at saken dermed omhandlet problemstillinger som ikke hadde vært tatt opp før, men at man på den annen side oppnår en klar løsning på problemet når man anvender rettslige prinsipper på ubestridte fakta. Collins ble dømt av AAA for brudd på dopingbestemmelsene til det internasjonale friidrettsforbundet IAAF og utestengt i åtte år. Hun ble i hovedsak dømt på bakgrunn av e-postkorrespondanse hun hadde hatt med presidenten i Bay Area Laboratory Cooperative (BALCO) Victor Conte, og ubestridte blodprøver og urinprøver tatt de foregående år. BALCO distribuerte til utøvere i amerikansk friidrett, baseball og fotball flere typer forbudte stoffer som var umulige eller vanskelige å spore. I de nevnte e-postene innrømmet Collins bruk av forbudte stoffer eller metoder gjennom blant annet spørsmål til Conte om hvordan stoffene skulle brukes og om prisen på dem.¹¹⁴

Når det gjelder de nevnte blod- og urinprøvene som ble brukt som bevis mot henne, var det spesielle i denne saken at det aldri var påvist dopingbruk gjennom en positiv prøve. På denne tiden ble sprintere ikke testet for EPO-misbruk (som var ett av stoffene Collins ble dømt for å ha misbrukt), da man ikke trodde at dette dopingmiddelet kunne være prestasjonsfremmende for disse idrettsutøverne. Collins tok stadig prøver som ble analysert av et uavhengig laboratorium for å holde kontrollen med verdiene sine. Medisinske eksperter som vitnet i saken gjorde det klart at de verdiene Collins hadde ikke kunne forklares på annen måte enn ved doping. Man så også sammenhenger mellom utviklingen i blodverdiene og den tiden den nevnte e-postkorrespondansen med Victor Conte skjedde på. Det ble av retten også vist til at forholdet mellom testosteron og epitestosteron i Collins urinprøver bare kunne forklares med bruk av forbudte stoffer. Dette til tross for at prøvene aldri hadde vist et nivå over WADC sin grenseverdi, som er satt så høyt at et slikt nivå

¹¹³ Claudia Pechstein, Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft e.V. v. International Skating Union

¹¹⁴ USADA v. Michelle Collins

normalt ikke vil inntre. Dopingbruk ble påvist ved meget store og høyst unormale prosentvise svingninger i blodverdiene, ekstreme variasjoner i testosteronnivået og et til tider svært unormalt forhold mellom testosteron og epitestosteron.¹¹⁵

Retten uttalte at med unntak av sjeldne tilfeller, har utøvere bare blitt funnet skyldige i dopingmisbruk når en positiv prøve har kunnet påvise dette. Ett unntak finnes i CAS sin avgjørelse i saken Mayer v. IOC¹¹⁶, der sanksjoner ble opprettholdt basert på innrømmelser fra utøvere og funn av instrumenter m.v. til bruk ved bloddoping hos det østerrikske skilandslaget i forbindelse med OL i Salt Lake City i 2002. Men i Collins-saken mente retten at alle blod- og urinprøvene til sammen utgjorde et mønster av dopingmisbruk, og at dette var den eneste mulige forklaring, selv om prøvene hver for seg ikke utgjorde noe positivt prøveresultat.¹¹⁷

Retten viste i tillegg til disse to avgjørende bevisene (e-postkorrespondanse og blod- og urinprøver) til en rekke faktorer som støttet opp om det standpunkt at Collins var skyldig i dopingmisbruk.¹¹⁸

Den objektive bevisbyrden i denne saken var at all tvil skulle komme tiltalte til gode, ettersom regelen var slik da bruddene skjedde.¹¹⁹ Dette kan tilsi at når bevisene ble vurdert som gode nok til å oppfylle den strengere bevisbyrden som var påkrevet den gangen, bør slike bevis kunne sies å være tilstrekkelige i dag hvor regelen for bevisbyrde er lavere.

Man kan trekke sammenligninger mellom denne saken og Pechstein-saken (det vil si bruk av blodprofiler som bevis). Blod- og urinprøvene i Collins-saken kunne ikke alene påvise dopingmisbruk, det kunne de heller ikke i Pechstein-saken. Men når man så prøvene til Collins i sammenheng, kunne de bevise dette. Når man så Pechsteins prøver i

¹¹⁵ USADA v. Michelle Collins

¹¹⁶ A,B,C,D & E v. International Olympic Committee

¹¹⁷ USADA v. Michelle Collins

¹¹⁸ USADA v. Michelle Collins

¹¹⁹ USADA v. Michelle Collins

sammenheng, det vil si dannet en profil av dem, da kunne man bevise dopingmisbruk i denne saken. Dette tilsier at når man kunne dømme Collins i 2004 på bakgrunn av prøver som ikke alene påviste doping, men gjorde det samlet, bør det være tilrådelig også å dømme utøvere for doping på bakgrunn av en unormal prøve bevist ved hjelp av blodprofiler.

Ved bruk av blodprofiler vil man i tillegg få en enda sikrere metode da man har utviklet en blodprofil på bakgrunn av de innsamlede prøvene. Den bayesianske sannsynlighetsmodellen har vært anvendt, og en ekspertgruppe har avgitt sine vurderinger i saken. Når man dømte Collins i 2004, hadde man ikke en slik profil men kun enkeltstående prøver å støtte seg til. En slik profil må etter min mening forsterke den tilliten man kan gi et slikt indirekte bevis. Man hadde da heller ikke retningslinjer å følge tilsvarende de WADA har i dag. Kunne man dømme Collins på det grunnlaget man hadde i 2004, bør man også kunne dømme på grunnlag av blodprofiler.

I Collins-saken hadde man imidlertid i tillegg andre bevis som støttet opp om det beviset som de enkeltstående blodprøvene utgjorde. Dette kan være nødvendig å ha også i saker med blodprofiler som bevis. Det vil selvsagt uansett være til fordel for et indirekte bevis å ha andre bevis som støtter opp om dette indirekte beviset. Det støttende beviset kan være et annet indirekte bevis.

Likeledes hadde man i Collins-saken både blod- og urinprøver som sammen utgjorde bevis for at doping hadde foregått. Ved bruk av blodprofiler som bevis vil man ofte ikke ha noen urinprøver som kan støtte opp om blodprofilen som bevis. Dette på grunn av at deteksjonstiden for mange forbudte stoffer og metoder er meget kort, og det skal en del til for å kunne "treffe" med prøvetakingen akkurat på det tidspunkt det forbudte kan påvises i en urinprøve (på samme måte som en blodprøve). Dette ble påpekt i Pechstein-dommen. Der påberopte Pechstein seg at hvis det var slik at hennes høye blodverdier var et resultat av blodmanipulasjon, for eksempel EPO, skulle man kunnet påvise EPO i hennes urinprøver eller blodprøver. CAS la imidlertid til grunn at et samtidig funn av EPO ikke er

en nødvendig konsekvens av funn av høye blodverdier. Retten mente faktisk at dette tvert imot ville vært en ekstraordinær situasjon. Når retten i tillegg tok hensyn til det tilfelle at det finnes såkalte sofistikerte doseringsplaner som innebærer en høy frekvens av veldig små doser med EPO – som igjen gjør det meget vanskelig å avsløre EPO i urinprøver i det hele tatt – konkluderte retten med at et manglende positivt funn av EPO ikke kunne være et bevis som ekskluderte at blodmanipulasjon hadde skjedd.¹²⁰

Man vil kanskje fortsatt ha den mulighet at man kan se flere urinprøver i sammenheng som enkeltvis ikke kan indikere doping, men som sammen kan gjøre dette, slik som man så i Collins-saken. Dette kan da utgjøre et indirekte og støttende bevis til en blodprofil som bevis.

6.8.2 Innrømmelser sammenlignet med blodprofiler som indirekte bevis

To lignende saker som denne med Collins, som også omhandlet friidretts-sprintere, avgjorde CAS 13. desember 2005. Dette var sakene mellom USADA og Tim Montgomery, og USADA og Chryste Gaines, to relativt parallelle saker. Heller ikke i disse to sakene forelå det positiv dopingprøve, men begge utøverne ble dømt også her. Bevisene som ble avgjørende i disse to sakene var vitnesbyrdene til Kelli White, som er en annen amerikansk friidretts-sprinter som allerede hadde innrømmet dopingbruk. White kunne fortelle om samtaler de to anmeldte utøverne hadde hatt med henne hvor dopingbruk ble diskutert. Retten mente at utøverne hadde innrømmet bruk av dopingmidler i disse samtalene med White, og at dette alene var tilstrekkelig til å dømme dem. Det forelå andre bevis som USADA hadde ført i sakene også, men retten valgte å ikke se nærmere på disse da den ikke anså det nødvendig. CAS uttalte i begge sakene følgende: "Doping offences can be proved by a variety of means; and this is nowhere more true than in 'non-analytical positive' cases such as the present." ¹²¹ ¹²²

¹²⁰ Claudia Pechstein, Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft e.V. v. International Skating Union

¹²¹ USADA v. Tim Montgomery

¹²² USADA v. Chryste Gaines

CAS fant ikke å kunne betvile sannferdigheten av Kelli White sitt bevis. Dette grunngas domstolen med måten hun opptrådte på i retten. Når Montgomery og Gaines heller ikke valgte å forklare seg i retten vedrørende Whites vitnesbyrd, til tross for oppfordringer om å gjøre det, og da ikke fremla noe bevis til sin fordel, kunne ikke retten gjøre annet enn å kun stole på Whites vitnesbyrd.^{123 124}

Man kan trekke sammenligninger også mellom disse sakene og bruk av blodprofiler som bevis, inkludert Pechstein-saken. I Montgomery- og Gaines-sakene ble innrømmelser brukt som bevis. I begge sakene ble utøverne dømt for brudd på det internasjonale friidrettsforbundet (IAAF) sitt daværende regelverk Rule 55.2(iii) og Rule 60.1(iii). Disse bestemmelsene regulerte det forhold at en utøver har *innrømmet* å ha dratt fordel av, eller *brukt eller forsøkt å bruke* forbudt stoff eller metode.

I WADC artikkel 3.2 er *innrømmelser* ("admissions") nevnt som et mulig bevismiddel. Og med hjemmel i kommentaren til WADC artikkel 3.2 kan sak på brudd på WADC artikkel 2.2 (*bruk eller forsøk på bruk* av forbudt stoff eller metode) åpnes med grunnlag både i blant annet "the Athlete's admissions", "the credible testimony of third Persons" og "conclusions drawn from the profile of a series of the Athlete's blood or urine Samples". I følge kommentaren til WADC artikkel 2.2 står dette i motsetning til sak på brudd på WADC artikkel 2.1 om *tilstedeværelse* av forbudt stoff i en utøvers dopingprøve. Av kommentaren kan man videre tolke at disse metodene for å bevise *bruk eller forsøk på bruk* av dopingmidler ikke vil tilfredsstille alle de krav som stilles for å kunne dømme på grunnlag av *tilstedeværelse* av dopingmidler. Av WADC artikkel 2.1.2 følger det at kun positiv dopingprøve er tilstrekkelig bevis for brudd på artikkel 2.1 om *tilstedeværelse* av forbudt stoff. Dette følger også av artikkel 2.1 og NIFs lov § 12-2 (1) bokstav a) som viser til "in an Athlete's Sample"/ "i utøvers dopingprøve". Dette vises ikke til i kodens artikkel 2.2 og i NIFs lov § 12-2 (1) bokstav b).

¹²³ USADA v. Tim Montgomery

¹²⁴ USADA v. Chryste Gaines

Der man anvender innrømmelser, vitnesbyrd fra tredjeperson eller blodprofiler som bevis er det altså ikke påkrevet å kunne påvise *tilstedeværelse* av forbudt stoff. Den aktuelle hjemmel for regelbrudd er som nevnt tidligere både i WADC og i NIFs lov de bestemmelsene som regulerer *bruk* av forbudt stoff eller metode. Det var også en slik bestemmelse Montgomery og Gaines ble dømt for å ha brutt. Her vil de nevnte bevismidlene være tilstrekkelige for å kunne dømme.

Man kan altså si at innrømmelser og vitnesbyrd fra tredjeperson som var bevismidlene i Montgomery- og Gaines-sakene, kan sidestilles med blodprofil brukt som bevis, da alle bevismidlene i følge WADC er tilstrekkelige til å dømme etter kodens artikkel 2.2. Når de bevismidlene som ble anvendt i de nevnte sakene kunne brukes i disse og kan brukes etter WADC, kan det tale for at også blodprofiler kan anvendes som bevis, da et slikt bevismiddel likestilles med innrømmelser og vitnesbyrd fra tredjeperson i WADC. Dette til tross for at de bestemmelsene i IAAF-regelverket som ble anvendt i disse sakene er oppbygd på en litt annen måte enn WADC sine bestemmelser på dette området. En forutsetning for en sammenligning er at bevismidlene kan sies å være ”reliable”.

I Collins-saken var det e-poster, og ikke et vitnesbyrd om samtaler, som var avgjørende som bevis sammen med blod- og urinprøver. E-postene utgjorde på samme måte som samtalene White vitnet om, en innrømmelse av dopingbruk fra den anklagede utøverens side. Men innrømmelsene kom gjennom e-poster, og disse utgjorde et dokumentbevis. Et slikt bevis er også nevnt i kommentaren til WADC artikkel 2.2 og artikkel 3.2 som mulig bevis for å dømme for bruk av forbudte stoffer eller metoder. Derfor må man komme til samme konklusjon på grunnlag av det ovenstående når det gjelder denne e-postkorrespondansen, nemlig at når et slikt bevis kunne nyttes, bør også blodprofiler kunne nyttes som bevis for brudd på WADC artikkel 2.2.

Det er nødvendig å legge til at etter norsk idrettslovgivning, det vil si NIFs lov, foreligger det som nevnt tidligere et skyldkrav ved bruk av hjemmelen i lovens § 12-2 (1) bokstav b) om bruk av forbudt stoff eller metode. Da dette er den aktuelle hjemmelen for å dømme på

grunnlag av innrømmelser, vitnesbyrd, dokumentbevis og blodprofil, må det dermed etter norsk idrettslovgivning foreligge skyld fra utøverens side for å kunne dømme på grunnlag av disse bevisene. Etter WADC er da dette ikke nødvendig.

6.9 Sammenligning med bestemmelsene om tre advarsler på feil/manglende utøverinformasjon

Det kan iverksettes sanksjoner mot utøvere på såkalt prioritert liste (se over i kapittel 5) om en utøver her bryter reglene om utøverinformasjon. Idrettsstyret i NIF har gitt retningslinjer med hjemmel i NIFs lov § 12-1 (5) vedrørende utøvers plikter til å gi informasjon for at dopingkontroller kan planlegges og gjennomføres.¹²⁵ I følge retningslinjenes punkt 6 vil det bli vurdert som regelbrudd etter NIFs lov § 12-2 (1) d) (”Å bryte retningslinjer om utøverinformasjon gitt av Idrettsstyret”) dersom en utøver på prioritert liste i løpet en 18 måneders periode tre ganger ”ikke gir utøverinformasjon til rett tid”, ”ikke gir tilstrekkelig eller korrekt utøverinformasjon” eller ADN ikke får tak i utøveren til oppgitt garantitid.¹²⁶ Slike regelbrudd kan foranledige en advarsel fra ADN.

Tre slike brudd på regelverket i løpet av 18 måneder kan medføre utelukkelse fra idretten, på samme måte som ved en positiv dopingprøve. Man har da selvsagt ikke avlagt noen positiv dopingprøve, men allikevel kan man utestenges. Det er Påtalenemnda i ADN som bestemmer om en sak skal fremmes for NIFs domsorganer (i første instans domsutvalget) etter tre advarsler i løpet av 18 måneder.

En likhet mellom dette dopinglovbruddet og en unormal blodverdi i forhold til individuell blodprofil kan sies å foreligge, da det ved begge lovbruddene ikke foreligger noen positiv prøve, men man kan dømmes for brudd på dopingbestemmelsene allikevel.

¹²⁵ Retningslinjer om plikt til å gi informasjon for planlegging og gjennomføring av dopingkontroller

¹²⁶ Retningslinjer om plikt til å gi informasjon for planlegging og gjennomføring av dopingkontroller

Hensyn bak reglene om utøverinformasjon er å sørge for at utøverne er tilgjengelig for dopingkontrollørene slik at dopingprøver kan foretas uanmeldt utenfor konkurranse. Dette er igjen viktig for et godt og effektivt antidopingarbeid. Hvis utøverne til en hver tid hadde visst når de ble dopingtestet, kunne de som ønsket å dope seg kalkulert med dette når de dopet seg og dermed svært sannsynlig unngått å bli avslørt for dopingbruk. Reglene om utøverinformasjon er derfor meget viktig i antidopingarbeidet. Det sentrale formålet er å forebygge doping og å avsløre de som anvender de forbudte stoffene og metodene. Dette er det samme formålet som ligger bak tanken om å anvende blodprofiler som bevis, og hele antidopingarbeidet samlet sett.

På grunn av endringer i regelverket omkring meldepliktsystemet den siste tiden, har risikoen for utøvere for å få en advarsel og dermed risikere å utestenges fra idretten på bakgrunn av dopingreglementet, blitt redusert. Disse endringene har kommet som følge av regler fastsatt av ADNs styre 20. januar 2010 vedrørende praktisering av utøverinformasjon. Sentrale endringer er at utøvere som nylig er tatt inn på prioritert liste og dermed omfattes av meldeplikten, vil få en opplæringsperiode der advarsler ikke vil gis uten i spesielle tilfeller der grov uaktsomhet eller forsett har foreligget. Et meldepliktsråd ble også opprettet i 2009. Dette rådet skal anbefale for daglig leder i ADN om advarsel bør gis eller ikke. Utøver vil få mulighet til å forklare seg i denne anledning.¹²⁷ Disse endringene medfører en større trygghet rundt en eventuell utestengelse på grunnlag av feil/manglende utøverinformasjon. Utøvernes rettsikkerhet vil også i større grad ivaretas bedre. Med innføringen av WADAs retningslinjer vedrørende blodprofiler har man på samme måte oppnådd en større trygghet rundt et slikt bevis.

På en måte kan man altså si at utestengelse på bakgrunn av feil/manglende utøverinformasjon og på bakgrunn av blodprofil kan sammenlignes da man ikke har avlagt noen positiv dopingprøve i noen av tilfellene, men allikevel utestenges for brudd på dopingregelverket.

¹²⁷ Regler om praktisering av utøverinformasjon

På den annen side er det forskjeller mellom disse to grunnlagene for utestengelse på grunn av dopinglovbrudd. Man har ved utestengelse etter feil/manglende utøverinformasjon ikke noen bevisproblemer. Her er det meget lett å bevise at utøveren overhodet ikke har gitt informasjon om oppholdssted, at den oppgitte informasjon er feil eller gitt for sent, eller at dopingkontrollørene ikke finner utøveren der denne har oppgitt å skulle oppholde seg i garantitiden. I henhold til Idrettsstyrets retningslinjer for utøverinformasjon punkt 5 (3) oppgir utøveren denne informasjonen gjennom ”det internasjonale elektroniske utøverinformasjonssystemet ADAMS med mindre annet er avtalt med Antidoping Norge.”¹²⁸ Dette vil si at det er lett å kontrollere hvilken utøverinformasjon som gis eller ikke gis.

Når det gjelder bruk av blodprofil som bevis for å utestenge for dopinglovbrudd, er det akkurat beviset som er det omstridte. Man kan spørre om man har et like håndfast bevis her som ved brudd på utøverinformasjonsplikten. Det kan nok hevdes at en blodprofil ikke kan sies å være like solid som bevis som et bevis i form av at dopingkontrollørene ikke har funnet utøveren der vedkommende har oppgitt å skulle være eller feil/manglende innrapportering til ADAMS. Til tross for et grundig regelverk, kan man aldri være 100 % sikker på at en blodprofil gir et absolutt sikkert svar på om doping har foregått, og dette kan tale for at man ikke kan sammenligne disse to mulige årsakene til utestengelse. Det kan imidlertid foreligge unnskyldelige forhold for feil/manglende utøverinformasjon. Men forhold som kan karakteriseres å være utenfor utøverens kontroll, kan etter reglene om praktisering av utøverinformasjon punkt 17, sees bort fra når man vurderer om advarsel skal gis.¹²⁹ Dermed utelukker man en faktor som kan medføre usikkerhet rundt ileggelse av en advarsel.

Jeg vil av denne grunn under tvil konkludere med at disse to formene for dopinglovbrudd ikke nødvendigvis er sammenlignbare. Dette til tross for den likhet som finnes idet man ved begge tilfeller ikke har avlagt noen positiv prøve.

¹²⁸ Retningslinjer om plikt til å gi informasjon for planlegging og gjennomføring av dopingkontroller

¹²⁹ Regler om praktisering av utøverinformasjon

6.10 Konsekvenser ved bruk av blodprofiler som bevis

Professor ved Norges Idrettshøyskole Jostein Hallèn hevder at det fortsatt vil finnes rom for doping, også om man anvender blodpass som bevis. Dette på grunn av at metodene er usikre da støtteapparat og utøvere som ønsker å jukse kan ”lære seg” å dope seg innenfor sine egne normale grenser for blodverdier. Dette er ingen optimal metode for å få bukt med doping, men metoden kan redusere dopingbruken i idretten, hvilket som selvsagt er ønskelig. Hallèn mener videre at innføring av blodprofiler som bevis vil virke avskrekkende. Utøvere som egentlig er villige til å dope seg og som ønsker å gjøre dette, vil kanskje dope seg i mindre skala da de lettere kan bli oppdaget med denne nye metoden, eller de kan hende la være å dope seg i det hele tatt.¹³⁰

Pierre-Edouard Sottas uttalte i forbindelse med ADNs forskningsseminar i november 2009 følgende vedrørende den avskrekkende effekten biologiske pass medfører: ”I de idretter der blodprofiler har blitt implementert, som en del av det biologiske passet, har det hatt stor avskrekkende effekt.”¹³¹ Han sier videre at i sykling (som har implementert blodprofiler) har utviklingen gått i retning av at de fleste blodpassene nå er normale. Det var de ikke for noen år siden. Dette i motsetning til idretter der blodprofiler ikke er implementert ennå; der ser man fortsatt unormale blodverdier.¹³²

David Howman i WADA mener retningslinjene vil gi de som utarbeider profiler en trygghet. Dette fordi retningslinjene har blitt testet rettslig og utsatt for vitenskaplig gransking. På samme måte som med WADA sine andre standarder og modeller, vil dette gi brukerne av retningslinjene trygghet så fremt deres systemer drives på en harmonisert måte med WADAs retningslinjer. WADA mener at retningslinjene vil kunne stå i mot enhver rettslig utfordring.¹³³

¹³⁰ Hallèn (2010)

¹³¹ Antidoping Norge. –Et ”paradigmeskifte” i antidopingarbeidet.

¹³² Antidoping Norge. –Et ”paradigmeskifte” i antidopingarbeidet.

¹³³ Howman (2010)

Professor Peter Hemmersbach kommer med et interessant poeng i saken. Han påpeker at det ved bruk av blodprofiler ikke vil foreligge noen B-prøve, som det gjør i dopingsaker der tradisjonelle dopingprøver er brukt som bevis.¹³⁴ Dette kan svekke blodprofiler som bevis da sikkerheten rundt beviset blir dårligere og den anmeldte utøverens rettssikkerhet blir svekket. På den annen side sammenligner Hemmersbach dette med en promillekontroll. Her finnes det ingen B-prøve, og man godtar politiets første prøve. Bruk av B-prøver er unikt for idretten.¹³⁵

Når det gjelder kostnader, påpeker Pierre-Edouard Sottas i forbindelse med ADNs forskningsseminar i november 2009 at analysekostnaden er mye lavere enn kostnadene forbundet med prøvetaking og transport. Derfor mener mange at man vil se en markert prisreduksjon om man anvender blodprofiler som bevis. Når flere organisasjoner implementerer blodprofilprogrammene, vil trolig utgiftene reduseres av denne grunn også.¹³⁶

Professor Jostein Hallèn sier at med bruk av blodpass må påtaleorganet sannsynliggjøre at utøveren har dopet seg, og dette blir mer likt vanlig etterforskning enn slik prosessen tradisjonelt har vært i idretten der påtaleorganet må påvise at et forbudt stoff har vært tilført. Selv om man har tatt høyde for naturlige variasjoner i sikkerhetsmarginer, vil bruk av blodprofiler som bevis etter Hallèns oppfatning medføre en vanskelig bevisførsel og vanskelige vurderinger. Dette vil stille større krav til de som skal vurdere saken, noe som igjen kan medføre økte kostnader.¹³⁷

¹³⁴ Hemmersbach (2010) a

¹³⁵ Hemmersbach (2010) a

¹³⁶ Antidoping Norge. –Et "paradigmeskifte" i antidopingarbeidet.

¹³⁷ Hallèn (2010)

6.11 Hvordan unngå at uskyldige dømmes?

For å unngå at uskyldige dømmes uttaler Jostein Hallèn at man må sette vide grenser for normale og tillatte blodverdier. Dette vil imidlertid medføre at noen skyldige kan slippe unna. Men Hallèn mener dette vil regulere seg selv.¹³⁸

Det er som nevnt tidligere, anledning til å anke en dom fra CAS inn for sveitsiske domstoler etter sveitsisk rett. Hallèn sier at ordinære domstoler nok vil være forsiktige med å dømme på et grunnlag der man kan risikere at en uskyldig blir dømt. Henviser man til at store naturlige svingninger kan være årsaken til svingninger i blodprofilen, vil det kanskje være vanskelig for en sivil domstol å si at doping er årsaken til svingningene. De sivile domstolene vil heller ikke ha den samme motivasjonen som idrettens domsorganer til å dømme. De sistnevnte domsorganers motivasjon vil angå idrettens anseelse og ønsket om en ren idrett.¹³⁹ Dette kan tilsi at en utøver kanskje kan bli dømt i idrettens organer, men frikjent av en sivil domstol. Det vil selvsagt si at det virkelig kan lønne seg for en dømt utøver å anke saken videre til en sivil domstol om mulig. En sivil dom vedrørende blodprofiler som bevis kan faktisk ødelegge for blodprofilprosjektet hevder Hallèn, da CAS må ta hensyn til hva sivile domstoler uttaler.¹⁴⁰

Et grundig regelverk som følges og håndheves, hvor utøverens egne uttalelser, dennes medisinske personells uttalelser, utøverens medisinske historie og ekspertuttalelser er sentralt, vil være essensielt for å unngå at uskyldige ikke dømmes.

6.12 Fordeler og utfordringer knyttet til blodprofiler som bevis

Pierre-Edouard Sottas sier at den største fordelen med såkalte ”markers of doping”, det vil si blant annet blodprofiler som en indirekte markør¹⁴¹, er deres uavhengighet i forhold til markedsføringen av nye dopingmidler. Blodprofiler er for eksempel allerede følsomme i

¹³⁸ Hallèn (2010)

¹³⁹ Hallèn (2010)

¹⁴⁰ Hallèn (2010)

¹⁴¹ Antidoping Norge. –Et ”paradigmeskifte” i antidopingarbeidet.

forhold til fremtidens generasjoner av EPO og gen-doping.¹⁴² Man unngår dermed kampen mot nye stoffer.¹⁴³ Ifølge FIS er en stor fordel med innføring av blodprofiler som bevis at man får et skift fra populasjonsbaserte grenser for normale blodverdier til individuelt baserte grenser. Dette vil skape et nytt paradigme i antidopingarbeidet.¹⁴⁴ Professor Peter Hemmersbach påpeker at man ved hjelp av blodprofiler som bevis får et nytt redskap i antidopingarbeidet hvor sannsynligheten for falske negative og falske positive resultat er nøye overveid.¹⁴⁵ Niels R. Kiær mener at hvis WADAs retningslinjer er fulgt, vil en blodprofil være et godt nok bevis i en dopingsak.¹⁴⁶

Hemmersbach nevner to utfordringer ved bruk av blodprofiler som bevis. Den første er at å ”bevise at et forbudt stoff ble brukt idet man evaluerer individuelle profiler, gir ikke noe entydig ja/nei svar. Derfor spiller det foreslåtte ekspertpanelet en meget viktig rolle.”¹⁴⁷ Hemmersbach påpeker at graden av bevisstyrken må vurderes fortløpende, og her er altså ekspertpanelet viktig. Men uansett vil man kunne risikere at man får falske positive resultater, og dermed dømmer uskyldige. Dette har også å gjøre med at domsorganet som skal dømme i en eventuell sak riktignok må inneha en ”comfortable satisfaction”, men det er tilstrekkelig med en sikkerhet rundt beviset på et sted mellom 50 % og 100 %.¹⁴⁸

Den andre utfordringen er at: ”Globalt antidopingarbeid kan bare dra nytte av profilene når mange nasjonale antidopingbyråer og internasjonale særforbund anvender denne metoden.”¹⁴⁹ Hemmersbach er svært opptatt av at en harmonisering av regelverket i antidopingarbeidet må til, og at WADAs retningslinjer blir implementert og tatt i bruk over hele verden. Retningslinjene legger stor vekt på sporbarhet av bevisene. Denne sporbarheten må man kunne vise til i en eventuell rettssak. Man har kun anledning til å straffe på bakgrunn av blodprofiler hvis man har en global konsensus om hvordan tester

¹⁴² Sottas (2010)

¹⁴³ Antidoping Norge. –Et ”paradigmeskifte” i antidopingarbeidet.

¹⁴⁴ Fussak m.fl. (2010)

¹⁴⁵ Hemmersbach (2010) a

¹⁴⁶ Kiær (2010)

¹⁴⁷ Ren Idrett (nr 1. februar 2010)

¹⁴⁸ Hemmersbach (2010) a

¹⁴⁹ Ren Idrett (nr 1. februar 2010)

skal foretas, analyseres, transporteres og vurderes – det vil si at WADAs retningslinjer følges.¹⁵⁰

I denne anledning stiller Hemmersbach seg kritisk overfor det grunnlag Pechstein-saken ble avgjort på i CAS. Han er spørrende til om ISU sine retningslinjer og det grunnlag Pechstein ble dømt på tilfredsstiller de retningslinjer som WADA oppstiller i dag, spesielt med tanke på kvalitetssikring av laboratoriene. Det fantes ingen global konsensus når CAS-dommen falt.¹⁵¹

I følge FIS er det historisk sett til og med problemer med testmetoder som har vært i bruk siden 1976. Så det antas at mange utfordringer vil komme opp i årene fremover.¹⁵²

6.13 Hva skjer videre nå?

Sottas uttaler at nye saker med blodprofiler som bevis i skrivende stund er forventet å komme opp snart. Noen av disse er basert på ”markers of doping” alene, mens andre bekreftes med ekstra bevis.¹⁵³ David Howman i WADA mener det vil komme opp flere saker med tiden hvor blodprofiler blir gitt tillit. UCI har flere saker som i skrivende stund snart vil komme opp.¹⁵⁴ UCI skal vinteren 2010 ha utpekt noen syklister med unormale blodprofiler og disse har fått muligheten til å forklare seg for UCI sitt ekspertpanel. President i UCI Pat McQuaid uttalte i denne forbindelse følgende: "We see no other reason other than a possible potential doping reason".¹⁵⁵

¹⁵⁰ Hemmersbach (2010) a

¹⁵¹ Hemmersbach (2010) a

¹⁵² Fussek m.fl. (2010)

¹⁵³ Sottas (2010)

¹⁵⁴ Howman (2010)

¹⁵⁵ Kröner (2010)

Howman tror ikke at Pechstein-saken vil utgjøre noen presedens da denne baserer seg på særegenhetene i ISU sitt regelverk. Uansett mener han at saken er en nyttig analyse med tanke på implementeringen av dette regelverket.¹⁵⁶

Man må nå håpe at stadig flere antidopingorganisasjoner og særforbund vil implementere WADAs retningslinjer om biologiske pass i sitt system, opprette blodprofiler i henhold til disse og håndheve dette.

For øvrig nevner Pierre-Edouard Sottas at en vurdering av evalueringen av dopingbevis er forventet å bli publisert sommeren 2010.¹⁵⁷

6.14 Vurdering og avslutning

WADAs nyinnførte retningslinjer om biologiske pass er altså meget sentrale i vurderingen av om blodprofiler er holdbart som bevis i dopingsaker. En innføring, bruk og håndheving av disse i idretten globalt sett vil føre til at man med meget stor grad av sikkerhet kan anvende blodprofiler som bevis uten å dømme uskyldige. Årsaken til at disse retningslinjene er så viktige er for det første de svært omstendelige bestemmelsene om hvordan testing, transport og analyse skal skje. Når et slik strengt regelverk følges, fører det med seg en stor grad av sikkerhet for at prøvene er riktige og sammenlignbare.

Videre er anvendelsen av den bayesianske sannsynlighetsmodellen viktig for troverdigheten til blodprofiler som bevis. Men uten en menneskelig vurdering av de resultater sannsynlighetsmodellen gir, ville ikke en blodprofil som bevis vært like pålitelig. Derfor vil jeg, som andre nevnt over, påpeke at ekspertpanelet sin rolle er helt sentral og svært nødvendig for at blodprofiler skal kunne anvendes som bevis. Som det heter i WADAs retningslinjer punkt 6.1: "This expert review protects the Athlete's right to thorough and qualified review prior to the possible assertion of an Anti-Doping Rule

¹⁵⁶ Howman (2010)

¹⁵⁷ Sottas (2010)

Violation in that it ensures that all possible factors, causes and circumstances are considered thoroughly.”¹⁵⁸ Her får man forklart godt hvor viktig en vurdering av et ekspertpanel er. Jeg vil mene at denne vurderingen vil være fundamental for å sikre utøvernes rettsikkerhet i en slik prosess. Utøverne har i henhold til retningslinjene selvsagt også anledning til uttale seg om saken, hvilket trygger deres rettssikkerhet ytterligere.

Når man skal anvende et slikt bevis, vil altså ekspertpanelet måtte avgjøre om blodprofilen er unormal eller ikke. Hvis panelet kommer til at den er unormal, og ikke utenforstående årsaker kan forklare det, vil panelet konkludere med at doping har foregått. Men dette panelet vil i følge Hemmersbach ikke kunne forklare hva som har skjedd på annen måte enn at profilen er unormal.¹⁵⁹ Man vil ikke kunne klare å påvise akkurat hvilket forbudt stoff eller metode som er blitt misbrukt. Det eneste man vil kunne klare å bevise er at ett eller annet ulovlig har skjedd, ikke hvordan og på hvilken måte. I følge Hemmersbach kan det være flere ting som er gjort, men alle vil være forbudt. Spørsmålet blir da om man må ha et dopingscenario for å dømme, eller om det vil være nok å kunne utelukke at fysiologiske eller patologiske årsaker er grunnen til unormal profil.¹⁶⁰

Regelverket krever ikke at man påviser ”tilstedeværelse” av forbudt stoff. Det er WADC artikkel 2.2 om bruk eller forsøk på bruk av forbudte stoffer eller metoder som er den aktuelle hjemmelen for å dømme på grunnlag av blodprofil. Dette er sentralt for å forstå hvorfor blodprofiler kan benyttes som bevis. Derfor behøves det ikke noen positiv dopingprøve for å kunne dømme. Indirekte bevis er tilstrekkelig når straffebudet er WADC artikkel 2.2. Man vil riktignok aldri kunne være helt sikker på at alle andre faktorer som kan virke inn på blodprofilen ikke vil gjøre det, men jeg vil etter det som er fremkommet i avhandlingen, hevde at såfremt disse årsakene er nøye tatt hensyn til, må det være tilstrekkelig til at en blodprofil kan brukes som bevis. Man trenger da ikke noe dopingscenario med en positiv dopingprøve for å kunne dømme. Det vil da som nevnt

¹⁵⁸ Athlete Biological Passport Operating Guidelines

¹⁵⁹ Hemmersbach (2010) a

¹⁶⁰ Hemmersbach (2010) a

tidligere bli mer likt vanlig etterforskning, hvor man må sannsynliggjøre at noe forbudt har skjedd. Man har ikke noe direkte bevis på det.

Ettersom WADAs retningslinjer om biologiske pass altså vil være av vesentlig betydning for muligheten til å anvende et sådant bevis, er det naturlig at spørsmålet om man kan anvende dopingprøver tatt før retningslinjene trådte i kraft, dukker opp. Som jeg har drøftet ovenfor i avhandlingen er dette spørsmålet todelt.

Den første delen vil være problemstillingen omkring prøver tatt før 1. januar 2009, da WADC innførte en eksplisitt bestemmelse om at en blodprofil kan anvendes som bevis. Da min konklusjon her ble at man både kan anvende prøver tatt før denne dato som grunnlag for utarbeidelse av blodprofiler i dag og at omtvistede prøver fra før denne tid bør kunne anvendes som fellende bevis, og det dermed ikke oppstår noen tilbakevirkende kraft, dukker neste del av spørsmålet opp.

Her kommer betydningen av WADAs retningslinjer inn. Et viktig spørsmål er hvordan man skal håndtere prøver tatt før disse trådte i kraft. Jeg vil i likhet med de personer jeg i det ovenstående har referert synspunktene til vedrørende dette, i utgangspunktet mene at WADAs retningslinjer er så viktige og dermed så nødvendige å følge for å kunne stå igjen med et resultat som tåler å anvendes som fellende bevis, at prøver tatt før disse trådte i kraft og prøver som er tatt uten å følge disse, ikke vil være anvendbare for det aktuelle formålet. Men som det også påpekes av de fagpersoner jeg har vært i kontakt med angående dette, vil typen av de feil, mangler eller ulikheter som foreligger i forhold til retningslinjenes krav, være en viktig faktor å ta med i vurderingen før man eventuelt forkaster en prøve som ikke er tatt i samsvar med retningslinjene. Man bør avveie om de uoverensstemmelser som foreligger kan antas å ha innvirket på resultatet av prøven. Kan man ikke anta at det har virket inn, bør man kunne anvende en slik prøve i forbindelse med et blodprofil-bevis, og omvendt.

Når man også kan trekke sammenligninger til tidligere avgjørelser i idrettens domsorganer hvor bevisene som har vært brukt har kunnet ansees som indirekte og utøverne har fått fellende dom til tross for at ingen positiv prøve er avlagt, støtter dette opp under det standpunkt at en blodprofil bør være holdbar som bevis. Selv om Pechstein-saken ikke er antatt å utgjøre noen presedens og dermed være førende for kommende saker, da denne saken ikke bygger på WADAs retningslinjer, danner saken et bilde av hvordan en sak med blodprofiler utarbeidet i henhold til disse retningslinjene og med grunnlag i en verdensomspennende konsensus vil forløpe seg.

Som en avsluttende konklusjon vil jeg anføre at såfremt retningslinjene til WADA er fulgt og beviset da er vurdert å være ”reliable”/”pålitelig”, vil en blodprofil være tilstrekkelig som fellende bevis juridisk sett i en dopingsak.

Litteraturliste

Bøker:

Andenæs Johs., samlet utgave ved Kjell V. Andorsen. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*. Oslo, 2008.

Hov, Jo *Rettergang I Sivil- og straffeprosess* studentutgave. Oslo, 2007.

Idrett og juss. Redigert av Gunnar-Martin Kjenner. 3.utg. Oslo, 2004.

Nettdokumenter:

Antidoping Norge. –Et ”paradigmeskifte” i antidopingarbeidet. (u.å.) [26.1.2010, 16.02.10, 15.03.10]

<http://www.antidoping.no/internett/nyhetsarkiv/-et- paradigmeskifte -i-antidopingarbeidet/>

Antidoping Norge. *Treningscenterkontroll*. (u.å.) [29.3.2010]

<http://www.antidoping.no/internett/dopingkontroll/treningscenterkontroll/>

Antidoping Norge. *Utøverinformasjon*. (u.å.) [26.1.2010]

<http://www.antidoping.no/internett/dopingkontroll/utoverinformasjon/>

Benson, Daniel. cyclingnews.com. *Exclusive: Anne Gripper breaks silence on blood passport*. (18.06.09) [17.03.10] <http://www.cyclingnews.com/features/exclusive-anne-gripper-breaks-silence-on-blood-passport>

Brown, Gregor. cyclingnews.com. *De Bonis positive for EPO*. (07.10.09) [17.03.10]

<http://www.cyclingnews.com/news/de-bonis-positive-for-epo>

Cossins, Peter. cyclingnews.com. *Astarloa retires with good and bad memories*. (16.10.10) [17.02.10] <http://www.cyclingnews.com/news/astarloa-retires-with-good-and-bad-memories>

Cyclingnews. *UCI suspends Landaluze and Serrano for CERA use*. (17.07.09) [17.03.10] <http://www.cyclingnews.com/news/uci-suspends-landaluze-and-serrano-for-cera-use>

Kröner, Hedwig. cyclingnews.com. *UCI asks riders to explain blood values*. (26.2.2010) [6.4.2010] <http://www.cyclingnews.com/news/uci-asks-riders-to-explain-blood-values>

Scholten, Maarten og Schoof, Rob. nrc handelsblad. *Pechstein`s doping conviction based on 'deceit'* (7.12.2009) [21.2.2010] <http://www.nrc.nl/international/Features/article2431645.ece/>
[Pechsteins doping conviction based on deceit](#)

Skjerdingstad, Anders. Nettavisen. *–Krev blodprofil av alle*. (2.2.2010) [9.2.2010] <http://www.nettavisen.no/sport/article2820526.ece>

UCI Press Service. *Press release: Commencement of first disciplinary proceedings on the basis of the biological passport*. (17.06.09) [17.03.10] <http://www.uci.ch/Modules/ENews/ENewsDetails.asp?id=NjM5OA&MenuId=MTYxNw&LangId=1&BackLink=%2FTemplates%2FUCI%2FUCI5%2FLayout.asp%3FMenuID%3DMTYxNw%26LangId%3D1>

Union Cycliste Internationale. *Information on the biological passport*. (21.12.07) [16.03.10, 17.03.10] <http://www.uci.ch/Modules/ENews/ENewsDetails.asp?MenuId=MjI0NQ&id=NTQzOA&LangId=1>

Union Cycliste Internationale (u.å.) [16.03.10]

<http://www.uci.ch/templates/UCI/UCI5/layout.asp?MenuId=MjI0NQ&LangId=1>

WADA. *Questions & Answers on the Athlete Biological Passport*. (desember 2009)

[29.3.2010] <http://www.wada-ama.org/en/Science-Medicine/Athlete-Biological-Passport/Questions-Answers/>

Westemeyer, Susan. cyclingnews.com. *Astarloa faces retirement for lack of new team*.

(22.12.09) [17.03.10] <http://www.cyclingnews.com/news/astarloa-faces-retirement-for-lack-of-new-team>

Personlige meddelelser:

Fussek, Sarah m.fl. E-post. 8.april 2010.

Hallèn, Jostein. Samtale. 9. mars 2010.

Hemmersbach, Peter. [a] Samtale. 29. mars 2010.

Hemmersbach, Peter. [b] E-post. 13. april 2010.

Howman, David. E-post. 31. mars 2010.

Kiær, Niels R. Samtale. 26. februar 2010.

Solheim, Anders. E-post. 9. mars 2010.

Sottas, Pierre-Edouard. E-post. 15. mars 2010.

Annet:

Kise Karlsen, Tor. Dagsavisen. *Krever blodpass i framtidige OL*. 3. februar 2010.

Ren Idrett. Nyhetsbrev fra Antidoping Norge. Nr 1. Februar 2010.

Skjærli, Brynjar, Sundbø, Trygve og Jarlsbo, Øystein. VG Sportbilag. *Derfor blir disse lettere avslørt*. 3. februar 2010.

Lovregister

Alminnelig lovgivning:

1902 Almindelig borgelig Straffelov (Straffeloven, strl.) av 22.mai 1902 nr. 10.

1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven, strpl.) av 22. mai 1981 nr. 25.

1992 Lov om legemidler m.v. (Legemiddeloven) av 4. desember 1992 nr. 132.

2007 Lov om toll og vareførsel (Tolloven) av 21. desember 2007 nr. 119.

Idrettens lovgivning:

Athlete biological passport operating guidelines av 1. januar 2010, WADA (WADAs retningslinjer)

Lov for Norges Idrettsforbund og olympiske og paralympiske komité (NIFs lov). Ajourført per 1.januar 2009.

Regler om praktisering av utøverinformasjon av 20. januar 2010, styret i Antidoping Norge.

Retningslinjer om plikt til å gi informasjon for planlegging og gjennomføring av dopingkontroller, Idrettsstyret NIF. Ajourført per. 1. januar 2009.

The International Association of Athletics Federations Rules (IAAF Rules).

World Anti-doping Code (WADC) med kommentarer, WADA. Utgave fra 2009.

Domsregister

A, B, C, D & E v. International Olympic Committee. Court of Arbitration for Sport, 20.mars 2003. <http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/Shared%20Documents/389-393.pdf>

Claudia Pechstein, Deutsche Eisschnellauf Gemeinschaft e.V. v. International Skating Union. Court of Arbitration for Sport, Lausanne, 25.november 2009. <http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/3802/5048/0/FINAL%20AWARD%20PECHSTEIN.pdf>

Claudia Pechstein v. Deutscher Olympischer Sportsbund, International Olympic Committee v. Deutsche Eisschnellauf-Gemeinschaft e.V., International Skating Union. Court of Arbitration for Sport. Ad hoc Division – XXI Olympic Winter Games in Vancouver, Vancouver, 18. februar 2010. <http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/4034/5048/0/pechstein%20award%20final.pdf>

Deutscher Skiverband & Evi Sachenbacher-Stehle v. International Ski Federation. Court of Arbitration for Sport. Ad hoc Division (OG Turin), Torino, 12.februar 2006. <http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/Shared%20Documents/OG%2006-004.pdf>

United States Anti-Doping Agency v. Chryste Gaines. Court of Arbitration for Sport, Lausanne, 13.desember 2005. <http://www.rdes.it/Gaines.pdf>

United States Anti-Doping Agency v. Michelle Collins. The American Arbitration Association, 9. desember 2004.

http://www.usantidoping.org/files/active/arbitration_rulings/aaa%20cas%20decision%20-%20collins.pdf

United States Anti-Doping Agency v. Tim Montgomery. Court of Arbitration for Sport, Lausanne, 13. desember 2005. <http://www.rdes.it/Montgomery.pdf>